J. rom M
385 m 9

Meditationen

über

verschiedene

Rechtsmaterien.

Von

zweyen Rechtsgelehrten

Gebrüder Overbeck.

Neunter Band.

Hannover,

im Verlage der Hahnschen Buchhandlung.

1802.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Verzeichniß

der Meditationen des neunten Bandes.

437.

Wenn in den Landesgesetzen dem Dienstpflichtigen nachgelassen ist, in summariissimo ein von der Dienstordnung abweichendes Herkommen zu bescheinigen: so stehet eben dieses auch dem Dienstherrn zu. S. 1.

438.

Ueber das Näherkaufsrecht, welches eine Ehefrau und Gläubigerin, an den, von ihres verstorbenen Ehemannes Eltern herrührenden, Gütern

ex jure consanguinitatis et crediti verlangt, und über die stillschweigende Begebung dieses Rechts. 7

439.

Der Käufer von kontribuablen Bauerngrundstükken, muß den davon übernommenen Hülfsbeytrag, wenn gleich durch eine neuere Kontributions-Einrichtung, die angekauften Grundstükke nachher in der Kontribution herunter gekommen sind, an den Verkäufer, nach Abzug der ihm davon angesetzten Kontribution, ferner entrichten. 25

440.

Einem Sohne steht es nicht frey, über sein peculium adventitium irregulare sive extraordinarium zu testiren. 32

441.

Ein Rechtsfall über die Ausübung des statutarischen Retracts, worin folgende Fragen zur Untersuchung vorkommen: I. In welchem Zeitraume dieser Retract verjährt werde? II. Ob das zu retrahirende Grundstück ein bürgerliches Grundstück sey? III. Ob die nachgesuchte Zulassung zum Bürgerrechte den Retract vereiteln könne? 38

442.

Bey Erklärung eines Contracts, muß man besonders auf die Willensmeynung der Contrahenten sehen. Ein Rechtsstreit über die Erklärung eines erneuerten Pachtcontracts. 52

443.

Bey der Erbfolge in ein, von den Eltern neu erworbenes Bauerngut, stehet keinem von den Kindern, wenn darüber nichts verordnet ist, vorzüglich ein Anerberecht zu; sondern sämmtliche Kinder haben an demselben gleiche Ansprüche und Antheile. 60

444.

Das Anerbrecht auf Bauerngüter können die Eltern dem Anerben nicht für sich entziehen; noch das Colonat, mit Ausschließung des Anerben, an einen andern, bis zu ihrem Ableben, übertragen. Ein Rechtsfall darüber. 80

445.

Wenn von Bauergütern der Brautschatz wegen vorhandener Adquisiten erhöhet wird, so müssen diese in dem Eheverschreibungs-Protokoll bestimmt angegeben und bewahrheitet werden. 91

446.

446.

Ein Schuldner, der an den, von Gerichtswegen gegen ihn zur Execution angeordneten Commissarius, seine Schuld, oder einen Theil derselben bezahlt, wird von weiterer Anforderung des Bezahlten frey, wenn dieser nachher nicht zahlungsfähig ist. 102

447.

Wenn ein Schuldner in seiner Schuldverschreibung 5 Procent Zinsen versprochen, sich aber nachher auf eine terminliche Bezahlung und geringere Zinsen verglichen hat, und diese Termine nicht einhält, so muß er auch nachher die zuerst versprochenen Zinsen bezahlen. 106

448.

Unter dem Ausdrucke proxime in gerichtlichen Bescheiden, wird nicht immer der nächste Gerichtstag verstanden. 109

449.

Ueber das Recht der kleinen Eingesessenen einer Dorfschaft, zur Mithude mit ihren Pferden auf der Gemeinheit. 114

450.

In einer, wegen expilirter Erbschaft angestellten Klage, kann der Eid zugeschoben werden, ohne

nie daß es nöthig ist, vorher einen Verdacht der geschehenen Expilation zu erweisen. 125

451.

Ein Rechtsfall, wo besonders durch einen Augenschein, das streitige Eigenthum an einem Grundstücke, beurtheitet werden mußte. 131

452.

Ein Rechtsfall, über verschiedene Beschwerden der Dienstpflichtigen, welche durch einen Vergleich zwar beygelegt waren, über den aber nachher wieder ein Streit entstand; desgleichen über die von jenen verlangte Edition der Haushaltungs-Register, von dem Pächter der Dienste. 136

453.

Welche Wege, die über ein, nach einem bestimmten Maaße verkauftes, Grundstück gehen, werden zu diesem Maaße mitgerechnet? und wie verhält es sich hiemit bey der Theilung eines Grundstücks? 150

454.

Ein Rechtsfall über die Verbindlichkeit zur Gewährleistung, wenn bloß antichretisch untergehabte Grundstücke, an einem andern verkauft, von diesem wiederum an einem Dritten käuflich abgetreten sind, und nachher von dem Erben des Pfandschuldners diese Grundstücke von dem

dem dritten Besitzer vindiciret und eingelöset worden. 156

455.

Die Behauptung, daß der Verkäufer den Schaden tragen müsse, wenn die gekaufte Sache wegen eines alten Fehlers zu Grunde geht, findet in manchen Fällen Einschränkung. 165

456.

Die Beweisfrist fängt von Zeit der Rechtskraft des Urtheils an zu laufen, selbst wenn in demselben dem Beweisführer dabey annoch etwas zu bewerkstelligen auferlegt ist. 168

457.

Die arrha sponsalitia kann nicht wieder zurückgefordert werden, wenn die Braut, oder der Bräutigam vor der Hochzeit stirbt. 171

458.

Wer in possessorio summariissimo geschützt ist, kann, wenn er in possessorio ordinario oder petitorio verliert, auch in die in possessorio summariissimo verursachten Kosten verurtheilet werden. 174

459.

Die L. 1. pr. ff. si quis aliq. testari prohib. vel coeg. läßt sich nicht auf den Fall anwenden, wenn

wenn ein Intestat-Erbe den Erblasser zur Errichtung eines Testaments gezwungen hat. 177

460.

Das Sctum Vellejanum steht Handelsfrauen in Ansehung solcher Bürgschaften, die sie in Beziehung des Handels übernommen haben, nicht zu, jedoch kann solches nicht auf andere Bürgschaften derselben ausgedehnt werden. 182

461.

Eine Frauensperson, die dafür, daß sie die Bürgschaft übernommen, eine Belohnung erhalten hat, kann sich mit dem Sctum Vellejanum nicht schützen. 188

462.

Das Sctum Vellejanum findet nicht Statt, wenn die Frauensperson nach Verlauf von zwey Jahren die Bürgschaft wiederholet hat, wenn sie auch gleich von jener Rechtswohlthat nicht belehret worden ist. 194

463.

Kinder sind nicht schuldig, die bey Lebzeiten ihrer Eltern erhaltenen Sachen, bey der Erbtheilung in Natur zu conferiren. 200

464.

Bey Schätzung der zu conferirenden Sachen, wird

wird auf die Zeit des Todes des Erblassers gesehen. 205

465.

Nach ausgeschwornem Erfüllungs- oder Reinigungs-Eide, kann der Beweis des Gegentheils auch durch Zeugen geführet werden. 207

466.

Derjenige, dem der Erfüllungs Eid auferlegt worden ist, kann sein Gewissen mit Beweis vertreten. 210

467.

Die für einen Verschwender, wegen einer von demselben contrahirten Schuld, übernommene Bürgschaft ist ungültig. 213

468.

Wenn nach geschlossenem Kauf die Veräusserung der verkauften Sache verboten wird, so ist der geschlossene Kauf ungültig und der Verkäufer zur Schadens Ersetzung nicht verbunden. 217

469.

Dem Eigenthümer eines Hauses steht keine stillschweigende Hypothek, auf den eingebrachten Sachen des Bewohners desselben, wegen des am Hause zugefügten Schadens zu, wenn dieser unentgeldlich das Haus bewohnt hat. 224

470.

Bey einem Commissarius, dem die Untersuchung und Entscheidung einer Sache aufgetragen ist, kann auch die Intervention angebracht werden. 226

471.

Ueber die Anwendung der L. un. C. de studiis liberal. urbis Romae etc. 229

472.

Eine bezahlte Spielschuld kann wieder zurückgefordert werden. 231

473.

Gastwirthe sowohl, als auch diejenigen, welche zugeben, daß in ihren Häusern verbotene Spiele gespielt werden, können in dem Fall, wenn ihnen von den Spielern Schaden zugefügt worden ist, nicht auf Ersetzung desselben klagen. 236

474.

Wenn jemand eine Sache an ein entferntes Mitglied der Familie verkauft hat, so kann der nähere Verwandte den Retract nicht ausüben. 239

475.

Ein Rechtsstreit darüber: Ob ein zwischen zwey be-

benachbarten Grundstücken gesetztes Riegelwerk, für die Bezeichnung der Gränze anzunehmen sey? 242

476.

Wenn den Schutzjuden nach ihren Geleitsbriefen erlaubt ist, von ihren ausgeliehenen Kapitalien, sechs Procent Zinsen zu nehmen, so können sie diese doch nicht anders fordern, als wenn sie sich solche ausdrücklich ausbedungen haben. 253

477.

Ueber das Daseyn einer Observanz, oder eines Gewohnheitsrechtes, findet die Eydeszuschiebung nicht Statt. 256

478.

Ueber die Frage; Ob ein Gläubiger, wegen seiner, bey Schichtung des Vaters mit seinen Kindern, nicht mit angegebenen Forderung, seinen Regreß gegen die Kinder nehmen kann, wenn der Vater nachher insolvent wird? 259

479.

Im Processe kann auch der unterliegende Theil in die Kosten verurtheilt werden, wenn dieser den ihm darin zugeschobenen Eid, seinem Gegner wieder zurückschiebet, und derselbe ihn ausschwört. 266

480.

Ein Rechtsstreit, über die Anlegung eines, das Wohnhaus vergrößernden, Gebäudes, welche der daneben wohnende Nachbar nicht zugestehen will. 275

481.

Die liederliche und ausschweifende Lebensart einer Witwe während des Trauer-Jahrs, ist kein hinreichender Grund, dieselbe des Brautschatzes für verlustig zu erkennen. 286

482.

Ein von dem größten Theile der Gläubiger mit dem Gemeinschuldner eingegangener Erlaß-Vergleich, schadet dem hypothekarischen Gläubiger nicht, und ist dieser verpflichtet, dem Vergleich beyzutreten. 290

483.

Die Provocation aus der L. diffamari kann mit der Injurien-Klage nicht kumuliret werden. 294

484.

Zur Bescheinigung der geschehenen Diffamation, kann der Diffamant sich der Eydes-Zuschiebung nicht bedienen. 301

485.

Einem Legatarius steht das remedium aus der

L. fin. C. de ediet. Div. Hadr. toll. nicht zu. 305

486.

Kinder haben, wegen der Pathen-Geschenke, in dem Fall, wenn solche nicht mehr vorhanden sind, keine stillschweigende Hypothek an den Gütern ihres Vaters. 309

487.

Die von einem Minderjährigen in die Miethe eingebrachten Sachen sind dem Verpächter stillschweigend verpfändet. 312

488.

Das Interdictum Salvianum findet wider einen dritten Besitzer der verpfändeten Sache nicht Statt, wenn er nicht die Sache, wissentlich, daß sie verpfändet gewesen, an sich gebracht hat. 316

489.

Unter dem Vermächtniß der Baarschaften, sind die ausstehenden Kapitalien und Forderungen nicht begriffen. 322

437. Meditation.

Wenn in den Landesgesetzen dem Dienstpflichtigen nachgelassen ist, in summariissimo, ein von der Dienstordnung abweichendes Herkommen zu bescheinigen: so stehet eben dieses auch dem Dienstherrn zu.

§. 1.

In der hiesigen Fürstlich Lippischen Policei-Ordnung von 1620 ist im 14ten Titel verordnet, daß alle Dienste, die so wol mit dem Spanne, als mit dem Leibe verpflichtet sind, von Petri bis Martini, Morgens um 6 Uhr aufs späteste in den Dienst kommen, des Abends um 6 Uhr wieder nach Hause ziehen; den Winter aber Morgens zwischen 7 und 8 Uhr kommen, und des Abends zu 4 Uhr wie-

der wegziehen sollen. In der **Dienstordnung von** 1664 ist es bey dieser Zeitbestimmung gelassen worden. Weil aber, wie es in der, wegen der Dienstleistung **vom** 27ten **April** 1779 **erteilten Verordnung** heißt, nach dem Inhalte der von den Aemtern, wegen der Dienstleistung eingeforderten und abgestatteten Berichte, sich zwischen der Dienstordnung und dem Herkommen eine solche Ungleichförmigkeit, und so gar beim leztern dem Herkommen selbst, eine solche Verschiedenheit sich ergeben hat, daß eines Theils das alte Gesetz nicht mehr allgemein als Regel hat behauptet, und andern Theils vom Herkommen, seiner Verschiedenheit halber keine andere allgemeine Regel, ohne große Verwirrung des Dienstwesens, hat abgezogen und zur gesetzlichen Vorschrift hat gemacht werden können: so ist in dieser Verordnung festgesetzt, daß wenn über Irrung zwischen dem Dienstherrn und Dienstpflichtigen Klage entstehet, und der Leztere auch nur in summariissimo eine, von der Policey- und Dienstordnung abweichende, bisherige Dienstleistung bescheinigt, es so lange, bis ein anders für die in beiden Ordnungen festgesetzte Regel, in possessorio ordinario vel petitorio vom Dienstherrn ausgemacht worden, bey jener der bisherigen Dienstleistung belassen, und der Dienstmann dabey geschützt; bey nicht widrigem Herkommen aber auch sonst auf die Policey- und Dienstordnung genau gehalten werden solle.

§. 2.

§. 2. Da in dieser letztern Verordnung, bey dem possessorio summariissimo nur vom Dienstpflichtigen die Rede, und diesem darin die Bescheinigung einer Abweichung von der Policey- und Dienstordnung nachgelassen ist: so entstand in einem Rechtsstreite die Frage: **ob auch in dem umgekehrten Falle, wenn der Dienstherr in summariissimo die Abweichung von der Policey- und Dienstordnung bescheinige, jene Verordnung Anwendung finde?**

Ein Dienstherr verlangte nemlich, daß die Dienstpflichtigen eine bestimmte Fuderzahl Mist, nach einem gewissen Lande fahren sollten, und bescheinigte das Herkommen. Die Dienstpflichtigen beriefen sich auf die Policey- und Dienstordnung, in welcher nur die Zeit bestimmt sey, wann der Dienstmann in Dienst kommen, und wann er wieder zurückgehen, keinesweges aber, wie viele Fuder er fahren solle. In dem ertheilten Bescheide wurde der Dienstherr in possessione vel quasi geschützet, und den Dienstpflichtigen aufgegeben, die bescheinigte Fuderzahl Mist, nach dem bestimmten Lande, salvo ordinario et petitorio, zu fahren.

§. 3. In der Appellations-Instanz beschwerten sich die Dienstpflichtigen über dieses Erkenntniß; gründeten ihre Beschwerde auf die Policey- und Dienstordnung, nach welcher sie nur schuldig wären, im Sommer des Morgens um 6 Uhr, und des Winters zwischen 7 und 8

Uhr in Dienst zu kommen, und respective um 6 und um 4 Uhr des Abends wegzuziehen, keineswegs aber eine bestimmte Fuderzahl Mist zu fahren. Die Verordnung von 1779 lasse auch nur in Ansehung der Dienstpflichtigen, ein, von jener Dienstleistung abweichendes Herkommnn, bis der Dienstherr in ordinario vel petitorio ein anders ausgemacht habe, zu; mithin sollte der Dienstmann in summariissimo geschützet, der Dienstherr hingegen ad ordinarium vel petitorium verwiesen werden, wenn er gleich eine, der Policey- und Dienstordnung abweichende, Dienstleistung bescheinige. Nirgends aber sey in den Landesgesetzen verordnet, daß der Dienstherr bei gleicher Bescheinigung, in summariissimo geschützt, und der Dienstmann ad ordinarium vel petitorium verwiesen werden solle. Dies würde dem Geiste dieser Gesetzgebung, welche die Conservation der Dienstpflichtigen zur Absicht habe, grade entgegen seyn. Zwar ließen es die gemeinen Rechte zu, daß wenn der Dienstherr seinen Besitzstand bescheinigte, dieser auch in summariissimo, salvo ordinario vel petitorio, geschützet werden sollte; allein dieses habe eines Theils nur alsdenn statt, wenn metus armorum vel periculum in mora zu befürchten sey, andern Theils sey jene Behauptung wider obige drey Verordnungen nicht zulässig.

§. 4. In dem hierauf ertheilten Erkenntnisse wurde aber dafür gehalten, daß dem Dienst-

Diensthherrn ein entgegengesetztes Herkommen, eben sowohl zu statten kommen müsse, als dem Dienstpflichtigen; weil der Zweck der vorhin erwähnten drey Verordnungen dahin gehe, um der Willkühr der Dienstleute, in Absicht der Zeit, wann sie ankommen oder wieder wegziehen sollen, Schranken zu setzen; hingegen in Absicht eines widrigen Herkommens, dem Dienstherrn dessen Bescheinigung ob identitatem rationis nicht abschneide; folglich diesem auch zu statten kommen müsse, was den Dienstleuten nachgelassen worden, mithin der Dienstherr, wenn er ein widriges Herkommen bescheinige, eben sowohl, wie jene in summariissimo so lange zu schützen sey, bis in ordinario vel petitorio ein anders ausgemacht worden; zumal die Dienstleute darunter, wenn sie nur eine bestimmte Fuderzahl Mist nach gewissen Ländereien fahren müßen, keinen Schaden litten, vielmehr solches für sie vortheilhaft sey. Denn bey solcher Einrichtung könnten sie ihren Dienst zu rechter Tageszeit anfangen, des Mittags bequemer ausruhen, und am Abend noch zeitig, vor der, in der Policeyordnung bestimmten Tagesstunde, wieder nach Hause fahren, ohne nöthig zu haben in der strengen Mittags Hitze Menschen und Vieh zu schaden. —

§. 5. Nach unserer Meinung ist es für den Dienstmann und für den Dienstherrn immer von mehreren Nutzen, wenn der Dienst, in Ansehung der Arbeit, als in Ansehung der Zeit be-

bestimmt ist. Ist die Arbeit bestimmt: so weis der Dienstmann was er zu verrichten hat, und der Dienstherr was er fordern kann. Jener kann und wird also geschwinder arbeiten, um noch so viel Zeit zu erübrigen, damit er auch für sich noch Arbeiten verrichten könne, und dieses ist für denselben, besonders in der Erndtezeit, von großer Wichtigkeit. Wer Erfahrung darüber hat, dem ist es nicht unbekannt, daß ein fleißiger Dienstmann, der eine bestimmte Arbeit verrichten muß, in den langen Sommertagen oft schon früh des Nachmittags damit fertig ist, und dann noch für sich Zeit zu seinen eigenen Arbeiten übrig behält. — Verrichtet hingegen der Dienstmann seinen Dienst nach einer gewissen Zeitbestimmung, alsdenn geht alles seinen langsamen Gang, die Zeit wird gewöhnlich verschleudert, und der Dienstherr findet sich bei solcher Arbeit betrogen. Dies kann man wohl unstreitig in der Regel annehmen, da Ausnahmen davon höchst selten sind.

---

438. Meditation.

Ueber das Näherkaufsrecht, welches eine Ehefrau und Gläubigerin, an den, von ihres verstorbenen Ehemannes Eltern herrührenden, Gütern ex jure consanguinitatis et crediti verlangt, und über die stillschweigende Begebung dieses Rechts.

§. 1.

Eine, mit ihrem verstorbenen Ehemanne in Gemeinschaft der Gütern gelebte Wittwe, hatte einen, dessen Blutsverwandten zugehörigen, und mit Gelde belegten, Garten seit langen Jahren in Besitz. Dieser Garten rührte von ihres verstorbenen Ehemannes Eltern her, und war in der Theilung dem ältesten Bruder zugefallen, welcher ihn nachher seinem jüngern Bruder überlassen hatte. Nach dessen Ableben wurde, auf Nachsuchen der zurückgelassenen Kinder, dieser Garte vom Gerichte verkaufet, und von einem, der nicht aus der Verwandschaft war, erstanden. Jene Wittwe stellte darauf als Verwandtin gegen den Käufer die Retraktsklage an, und offerirte sich den Kaufschilling, nach Abzug der in diesem Garten stehenden Gelder, sofort zu deponiren.

§. 2.

§. 2. Der Beklagte als Käufer dieses Gartens excipirte dagegen: Das Näherrecht finde in den Rechten nur bey Stammgütern statt, und könne nur von den nächsten Agnaten des Vaters, Groß- oder Aeltervaters, der ein solches zum Stammgute gehöriges Pertinenz, durch Erbschaft auf seine Descendenz gebracht habe, ein rechtlicher Anspruch darauf gemacht werden.

Berlich. P. 2. C. 39. Nr. 19.

In diesem Verhältniß stehe aber die Klägerin mit dem vormaligen Besitzer des Gartens nicht. Ueberdem so stehe auch dieser Garte mit den Stammgütern ihrer Familie jetzt in gar keiner Verbindung mehr, zumal derselbe schon, nach eigenem Anführen, aus der jetzt darauf Anspruch machenden Linie herausgegangen, und nur aus einem andern titulo singulari in diese Linie zurückgekehrt sey. Es habe daher dieser Garte in solcher Rücksicht, die zum Vorkaufsrechte erforderliche Qualität gänzlich verlohren. Ueberhaupt sey das prätendirte Vorkaufsrecht im gemeinen Rechte gar nicht gegründet, und man kenne kein Statut, welches den in Frage stehenden Fall bestimme. Die Klägerin sey deswegen hier von einem standhaften Klagegrunde gänzlich verlassen, weil das ius protimiseos als eine Stöhrung der Freiheit im Handel unter die praerogativas contra jus commune concessas, et odiosas gehöre, und nicht auf solche Fälle erstrecket werden könne, noch dürfe, welche nicht

durch

durch ein besonders Gesetz oder einen Vertrag bestimmt wären.

Berlich. l. c. Nr. 51.

Gesetzt aber, dieses alles verhalte sich auch nicht so: so habe Klägerin doch jetzt keine Befugniß mehr, den Retrakt auszuüben, weil sie selbst bei dem Verkauf des Gartens zugegen gewesen, auf den Garten mit gebothen, und wie er Beklagter den höchsten Both gethan, in Gegenwart aller Anwesenden erkläret: sie wolle den Garten nicht haben. Schon ihr Mitbieten enthalte einen stillschweigenden Abstand von ihrem eingebildeten Näherrechte, da sie aber solchen mit ausdrücklichen Worten erkläret, ja sogar nach dem erhaltenen Zuschlage ihm dem Beklagten in dem Verkaufstermine, Glück gewünscht; so werde sie sich auch nunmehr die Rechtsregel gefallen lassen müssen, daß zu einem Rechte, auf welches man einmal Verzicht gethan habe, keine Rückkehr statt finde.

§. 3. Die **Klägerin** erwiederte hierauf: Das Näherkaufsrecht werde einen Theils ex jure consanguinitatis und andern Theils ex jure crediti hergeleitet, und beides finde in jure seinen unumstößlichen Grund. Von den retractu ex jure consanguinitatis sey es bekannt, daß solcher sowohl in jure canonico

Cap. 8. X. de in integr. rest.

et feudali

II. Feud. 3. §. 1.

als auch insonderheit in jure romanoro gegründet sey.

L. 35 ff. de minor. 25 annor.

L. 60 ff. de pact.

L. 60 ff. de reb. autor. jud. poss.

Es sey derselbe in Deutschland und fast in ganz Europa gebräuchlich, und besonders bey den Deutschen nicht erlaubt gewesen bona immobilia sine consensu heredum zu verkaufen.

Heineccius Elem. jur. germ. T. 1. L. 2. §. 399.

Pufendorf. T. 1. obs. 133. T. 2. obs. 1.

Bey diesem jure retractus sey es auch unverändert gelassen, und solches Recht durch die Constitutionem Friderici imperatoris, die ex se et sua natura, und nicht ex insertione in corpus juris, vim legis habe, bestätigt werden.

Schilter ex. ad. ff. 30. §. 138.

Um nun dieses erwiesene jus retractus ausüben zu können, würden nach dem römischen und nach dem Lehnrechte, wie auch nach den constitutionibus Imperatorum, paterna praedia sive res communes ex parentela erfordert

arg. L. 35 ff. de minor. 25 annor.

L. 22. in med. C. de admin. tutor.

L. 38 ff. de rei vind.

II. Feud. 3. §. 1.

und ausserhalb Sachsen könnten auch, wenn keine Kinder vorhanden wären, die Seitenverwandte den Retrakt ausüben

Schilter Ex. 30. §. 138.

auch

auch in den bonis non avitis

Berlich. P. 2. concl. 39. Nr. 22, 24.
Richter Dec. 76. Nr. 34.
Beyer Del. jur. germ. Lib. 2. C. 21. §. 24.
Struv. Ex. 23. Th. 56.

modo paterna fuerint vel hereditaria

Struv l. c. th. 57, 60.
Schweder Conſ. nov. Tubing. Vol. 1. Conſ. 117. Nr. 17.

ja es würden ſogar in bonis ab alienante noviter acquiſitis, non deſcendentes ſolum, ſed omnes etiam conſanguinei ſecundum proximitatem gradus zum jure retractus verſtattet

Schaumburg Compend. Dig. Lib. 18. Tit. 1. §. 27.

ea ex ratione quod aequius ſit, rem penes cognatos manere, quam ad extraneos tranſire

Zoeſius Comment. ad Pand. Tit. 3. de retractu Nr. 39 et 71.

weshalb denn auch dieſer heut zu Tage nicht pro odioſo ſondern favorabili gehalten werden,

Schweder l. c. Vol. 1. Conſ. 117. Nr. 4.

zumal er ſelbſt aus dem Göttlichen Rechte ſeinen Urſprung nehme,

Levit Cap. 25. v. 25.
Ruth Cap. 4. v. 3, 4.
Mynſinger Cent. 3. Obſ. 51. Nr. 6.
Struv Ex. 23. Th. 55.

ja faſt bey allen Völkern recipiret ſey.

Groenwegen de Leg. abrog. ad L. 14. C. de contr. emt. Nr. 1.

Auſſer=

Ausserdem sey von dem jure retractus seu protimiseos noch dieses bekannt, daß solches die Rechte und Gesetze, dem Gläubiger vor einem Fremden zustünden

L. 16 ff. de reb. autor. jud. poss.

zumal, wenn dieser noch ausserdem als ein Verwandter betrachtet werden könne.

Berlich P. 2. concl. 39. Nr. 8.

Mod. Pistor Vol. 2. cons. 39. Nr. 13.

Dieses nun voraus gesetzt, so thue es nichts zur Sache, daß sie Klägerin, beym geschehenen Verkauf dem Beklagten Glück gewünscht haben solle, wovon sie sich aber nichts zu erinnern wisse. Und wenn ja auch jene Worte wirklich gefallen seyn sollen: so fließe aus diesen Worten keine Renunciation so wenig auf den Kauf selbst, als auf den Retrakt; denn aus jenem Vorgange, und dem geschehnen Both erhelle, daß sie den Garten zu kaufen Lust gehabt, allein zu dem Kauf nicht habe gelangen können, auch dazu nicht würde gekommen seyn

qui enim causam habet non emendi, is praecise non abruit, sed potius differt, et integrum ius reservat

Mevius. P. 3. dec. 324. Nr. 5.

zudem wären auch die Rechtslehrer der Meinung

quod sola recusatio emtionis, non excludat retractum, et si quis expresse dicat, se emere nolle, tunc etiam intra annum jure retractus uti non prohibeatur, quia renunciationes odiosae et stricti juris sint, et consan-

sanguineus retrahere, quam emere maluisse, praesumendus sit.

Berlich P. 2. concl. 40. Nr. 48.

Voet Comment. ad Pand. Lib. 18. Tit. 3. §. 16.

§. 4. Der Beklagte erwiederte hierauf: Nach der gegenseitigen Meynung, scheine die Entscheidung dieser Sache hauptsächlich auf der angeführten Stelle aus dem Berlich zu beruhen. Allein diese Stelle finde sich daselbst nicht, sondern derselbe rede in Nr. 46 bis 50 von einem ausbedungenem Vorkaufsrechte, retractu conventionali, und gleichwohl leite die Klägerin ihr Näherrecht ex jure consanguinitatis et crediti her. Es passe also die angeführte Stelle auf den vorliegenden Fall gar nicht. Zudem stehe der Klägerin überhaupt die exceptio juris renuntiationis, ad quod non detur regressus entgegen, welche durch das bey dem Verkauf abgehaltene Protokoll hinlänglich begründet würde.

§. 5. Auf diese Verhandlung erfolgte nachstehender Bescheid:

Daß die Klage immaßen sie angebracht, nicht statt habe, daher Beklagter davon zu entbinden und Klägerin auch demselben alle verursachten Kosten vorgängig deren Verzeichniß und Moderation zu erstatten schuldig.

Denn weil sie 1) nicht in Abrede habe stellen können, daß der befragte Garte, nicht aus ihrer, sondern ihres verstorbenen Ehemannes Fami-

Familie herrühre, also kein bonum avitum sey, woran sie eine Affection, als den Grund des angestellten Näherrechts habe, oder Namens ihres schon vor vielen Jahren verstorbenen Mannes haben könne; sie auch 2) bey dessen freiwilligen Verkauf nach dem darüber abgehaltenen Protokoll, nicht weiter bieten wollen, sondern dem Beklagten dazu Glück gewünscht, also ihre nachherige Absicht, um den Verkauf zu vereiteln, sehr verkehrt gewesen sey; hingegen sich 3) hier ein Näherrecht ex jure crediti nicht denken lasse, da sie als bisherige Miethsfrau ihre, ohne Bestellung einer Hypotheck. gethane Vorschüsse, praevia liquidatione von den Kaufgeldern sogleich wieder erhalten könne: so habe nicht anders als geschehen, erkannt werden können.

§. 6. Von diesem Erkenntnisse wurde von der Klägerin an das Obergericht appellirt, und zur Rechtfertigung ihrer Beschwerden folgendes zur Widerlegung der Entscheidungsgründe angeführet:

1) Sey es zwar wahr, daß der befragte Garte nicht von ihrer, sondern von ihres verstorbenen Mannes Familie herrühre, es sey aber auch wieder wahr, daß sie durch die geschehene Verheirathung an ihren verstorbenen Mann, in dessen Familie übergegangen, ein Glied derselben geworden, und also aller ihrem Manne zugestandenen Vortheile, fürnehmlich bey der unter ihnen obgewalteten Gemeinschaft der Güter, theilhaftig sey.

post.

postquam enim uxor in domum mariti transiit, non amplius in familia patris, sed viri est, cuius nomen sequitur.

L. 8. ff. de senator.

wobey es sich denn von selbst verstehe, quod hodie etiam feminae ad hunc retractum consanguinitatis admittantur, postquam juris hereditarii participes factae sint.

Behmer Diss. de fund. Retract duplic. in agris Hamburg. Cap. 7. §. 3.

und wenn man auch dieses bey Seite setzen wolle, so habe sie dasjenige, was zeither von ihr unternommen sey, als Mutter zum Besten ihres noch lebenden Sohnes gethan, der dieses vorhergehende nicht nur genehmigt, sondern auch ferner hin, nach dessen hier beygelegten Erklärung, auf die Ausübung des Näherrechts ausdrücklich bestehe.

2) In Ansehung der vorgegebenen Renunciation auf das Näherrecht, wurde nur das wiederholet, was in den Akten ersterer Instanz bereits darüber gesagt war, und eben so auch

3) wegen des Näherrechts ex jure crediti.

§. 7. Der Beklagte erwiederte darauf:

1) habe Klägerin nicht erwiesen, daß der befragte Garte ein bonum avitum sey, vielmeher eingestanden, daß solcher von ihres verstorbenen Ehemannes Eltern herrühre, und solcher nachher dessen Brüdern zugefallen, mithin

hin ein adquisitum dieser geworden sey, die sie, die Klägerin, nicht beerbe.

Die meisten Rechtsgelehrten wären darin übereinstimmend: quod jus retractus solum locum habeat in bonis avitis et gentilitiis.

Berlich P. 2. concl. 39 nr. 86.
Carpzov P. 2. const. 31. def. 14.
Wernher T. 1. P. 1. obs. 151

et quod agnatus, qua talis, jure communi jus bona alienata retrahendi non habeat.

Wernher T. 1. P. 5. obs. 162.
Carpzov P. 2. const. 12. def. 4. nr. 7. seq.

überhaupt aber daß ein adfinis, wie Klägerin, rem ab adfine venditam, et si a majoribus suis olim profectum, non retrahat.

Leyser sp. 193. med. 10.

Der Klägerin Sohn sey niemals consors litis gewesen, es stehe der Klägerin nicht mehr frey denselben hier mit Vollmacht auftreten zu lassen, und wenn dieser gegen ihn klagbar auftreten wolle, so müsse solches in separato geschehen.

In Ansehung des 2ten und 3ten Punkts wurde auch nichts neues vorgebracht.

§. 8. Die Klägerin bemerkte hierauf ferner noch, daß sie sich nicht des Retracts begeben, und daß eine öffentliche Versteigerung denselben auch alsdenn nicht ausschließe, wenn auch derje-

nige

nige zugegen gewesen sey, der ihn auszuüben verlange. Der Kammergerichtsassessor von Cramer habe dieses in seinen Wezlarschen Nebenstunden 15ter Theil 7te Abhandlung gezeiget, und dasjenige, was der gegenseitige Leyser zu behaupten scheine, aus Gesetzen und einer Menge der berühmtesten Rechtslehrer hinlänglich widerlegt. Seine Worte wären diese:

„Hiezu kommt, daß in subhastatione alle „Eigenschaften eines ordentlichen Kaufs, „nempe merx, pretium, et consensus vorhan„den, folglich der Näherkauf nicht ausge„schlossen seyn kann, in mehreren Betracht „dem Käufer dadurch nichts entgehet, sondern „derselbe sein Kaufgeld mit allem Schaden „und Kosten wieder bekömmt, der Retrahent „aber durch den Verkauf an Fremde, das an „den bonis avitis habende gegründete Recht „einbüßen könnte. Annebst wird der fidei „hastae publicae durch das Näherrecht im „mindesten nicht geschadet, da der Prätor „den Licitanten weiter nichts, als einen or„dentlichen Kauf gewähret, welcher aber alle„zeit dem Retrakt unterworfen ist."

und der Kammergerichts Assessor von Ludolf lehre hievon in seinen Observationen Th. 2. obs. 192.

Porro consanguineum licet fuerit praesens et consentiens in venditionem, a jure retrahendi non exclusum esse; *L.* 8. §. 5. *ff. quib. mod. pign. vel hypot. solv.* *Reinkingk qu.* 2. *ampl.* 11, 12. atque ita iu-

dicatum fuit in judicio appellatorio camerali d. 1. Jul. 1721.

Diesem allen trete noch bey, daß sie gleich nach geschehenem Verkauf den Retrakt bekannt gemacht, und diese Klage noch an dem nemlichen Tage, vor Bezahlung des Kaufgeldes, und ehe Beklagter in den Besitz des Gartens gekommen, angestellet; folglich dem Beklagten zum Kauf nicht dolose induciret habe, indem er hievon ohne Schaden und Kosten habe abstehen können.

Ferner habe sie die in dem Garten hergeschossenen Gelder salva causa und mit Vorbehalt ihres Rechts angenommen, und darüber quittiret. Auch thue diese geschehene Bezahlung ihrem behaupteten juri Retractus ex jure crediti keinen Nachtheil, da die Bezahlung nicht ante litem coeptam, sondern lite inchonta geschehn sey; folglich dieses ihr zustehende Recht so betrachtet werden müsse, als es tempore institutae actionis beschaffen gewesen sey.

Von Seiten des Beklagten wurde hierauf nichts Neues erwiedert.

§. 9. Das Erkenntniß lautete in dieser Appellations Instanz so: daß die vorige Sentenz dahin zu confirmiren sey, daß die angestellte Retraktsklage überall nicht statt habe, sondern Beklagter und Appellat davon zu entbinden, auch Appellantin demselben die Kosten sowohl dieser als voriger Instanz, nach deren vorheriger Specification und richterlicher Mäßigung zu erstatten schuldig sey. —

Denn

Denn das Näherrecht ex jure crediti hat nur alsdenn statt, wenn verschuldete Güter ex auctoritate publica verkauft werden, und also auf gegenwärtigen Fall keine Anwendung, da ein freywilliger Verkauf von einem Schuldner geschah, der noch solvendo, und bereit war, die Gläubiger ex pretio zu befriedigen. — So viel hingegen den ex jure consanguinitatis prätentirten Retrakt betrift; so ist zwar derselbe an den mehrsten Orten Deutschlandes hergebracht, aber doch nicht allgemein eingeführet, und es muß daher derjenige, der sich darauf gründet, dessen Reception und Erstreckung auf den in Frage vorkommenden Fall, durch des Orts Statuten oder Gewohnheiten präcise erweisen. Diesen Beweis hat aber Appellantin bis jetzt nicht geführet. Er würde ohnehin ohne Nutzen, und es also überflüssig seyn, ihr solchen noch vorzubehalten, da die Klage, gesetzt auch der Grund derselben wäre keinem Zweifel unterworfen, durch die ihr entgegen gesetzte Einrede der Renunciation völlig elidiret ist.

Denn vermöge der, von Beklagten beygebrachten Protokolle, die so lange Glauben haben, bis das Gegentheil erwiesen ist, hat Appellantin nicht allein in den Verkauf des Gartens unter der Bedingung gewilligt, daß sie die darin gethanen Vorschüsse wieder bezahlt erhalte; sondern auch wie Appellant den letzten Bot that, declariret, daß sie nicht mehr bieten wolle, auch jenen zum Kauf gratuliret, und ist darauf der

Garte mit ihrer Bewilligung dem Appellaten zugeschlagen worden.

Hiedurch hat sich Appellantin auf mehr als eine Art, des ihr etwa sonst zugestandenen Näherrechts stillschweigend begeben, indem die Meynung, den Rechten und der Billigkeit am gemäßesten ist: daß derjenige, der in den Verkauf eines Guts an einen Fremden, mithin in die Alienation willigt, dadurch jenes Recht verliere; und daß bey Subhastationen der Retrakt nur so lange zulässig sey, als die Adjudication noch nicht geschehen ist. Wenn gleich einige Rechtslehrer der, von andern mit Grund bestrittenen Meynung sind, daß die Recusation des angebotenen Kaufs, den Retrakt nicht ausschließe, so hätte doch wenigstens Appellantin, wenn sie letztern auszuüben Willens war, nicht dem Appellaten Glück wünschen, und den Zuschlag an ihn nicht geschehen lassen dürfen, sondern sich gleich damals zum Retrakt erbieten müssen. Da sie aber jenes that, und dieses unterließ; so ist ihre Absicht, den Kauf, wozu sie den Appellaten offenbar durch eigene facta inducirte, ex post wieder zu vereiteln, ganz widerrechtlich, und sie daher auch billig in die Kosten dieser und voriger Instanz zu verurtheilen.

§. 10. Auch wider dieses Erkenntniß wurde von der Klägerin nochmals interponiret und die Revision ergriffen, von den Partheyen aber in der weitern Verhandlung nichts besonders wichtiges vorgebracht, was nicht in den unten

folgen=

folgenden Zweifels- und Entscheidungsgründen enthalten ist. — Das auf Nachsuchen der Klägerin, von einer Juristen Facultät eingeholte Urtheil lautete so:

Daß die erstere Sentenz dahin, daß die angestellte Retraktsklage überall nicht statt habe, sondern Beklagter und Appellat davon zu entbinden, nicht zu bestätigen, vielmehr es bey besagter Sentenz *a*) lediglich zu lassen, wogegen es im übrigen der eingewandten Revision ungeachtet, bey dem letzten Erkenntniß verbleibet, und werden die in dieser Instanz aufgelaufenen Kosten gegen einander verglichen und aufgehoben.

Zweifels- und Entscheidungsgründe.

Obwohl Revidentin — was maßen von Seiten des Gegentheils, daß der Retrakt ex jure consanguinitatis in dasigen Landen nicht statt habe, nicht geläugnet werde, dem Unterrichter auch, dem die dasigen Stadtgewohnheiten am besten bekannt seyn müssen, dasselbe zngebe, und sie nicht dem Retrakt, sondern nur den Kauf entsaget; anbey Verzichte stricte auszulegen, und ihn zu der Zeit als das streitige Grundstück verkauft worden, daß ihr ein Näherrecht zukomme, nicht bekannt gewesen, sie auch dieses eidlich zu erhärten erbötig — vorstellet; diesem aber, daß man den Garten nicht öffentlich versteigert habe,

a) Es war nemlich in der erstern Sentenz, die Klage immaßen sie angebracht, und in der zweyten Sentenz die angestellte Retraktsklage überall, für nicht statthaft erkannt.

habe, und sonst ein Retrakt noch nach vollzogenem Kauf, Platz greife, sie auch zugleich selbigen als Gläubigerin anzustellen berechtigt sey, beyfügt, und daher dieselbe damit, daß nicht ihre Klage völlig für statthaft erkläret, und derselben Suchen gemäß gesprochen, auch nicht der Kosten halben die vorigen Erkenntnisse abgeändert worden, nicht zufrieden seyn möchte; dahingegen Revisen, — daß nicht es lediglich bey den letztern Erkenntnisse gelassen, sondern nur das erstere bestätigt, und selbigem zu Folge, die Klage angebrachter maßen als unstatthaft verworfen worden — gravirlich seyn dürfte, und daher daß allenthalben anders als geschehen, erkannt werden sollen, es das Ansehn gewinnet.

Dennoch aber, und dieweil, die von der Revidentin angebrachte Klage — da sie in derselben, daß der Garte von ihres verstorbenen Ehemannes Eltern herrühre, angiebt, und gleichwohl sich in einem, ihr den Rechten nach, ex jure consanguinitatis zustehenden, Näherkaufsrechte gründen will; bekanntermaßen aber dergleichen Befugniß einem Ehegatten in den, von des andern Eltern herrührenden Gütern, nicht zukommt —

Reinkingk de retract. consang. qu. 2. nr. 181.

Richter decis. 76. nr. 36.

Walch im Näherrecht. B. 2. Hauptst. 2. Abs. 1. S. 264.

— so wie sie angebracht, nicht bestehen kann, und also selbige in der Maßen billig vorworfen,

Revi-

Revidentin auch in die Erstattung der Unkosten verurtheilet, und da dieselbe hierüber ohne Ursach sich beschweret, sie auch in der Appellations Instanz die Unkosten des verzögerten Processes zu bezahlen angewiesen werden müssen; ein anders auch aus dem, was sie zu Unterstützung ihrer dermaligen Beschwerden vorgebracht, nicht zu schließen, da der Grund aus welchem die Klage verworfen worden, in dem, daß an dasigem Orte die Erblosung nicht statt habe, gar nicht zu suchen ist, und wenn also auch der Gegentheil, daß unter Blutsverwandten der Retrakt daselbst Platz greife, eingeräumet hat, es auch von dem Unterrichter nicht in Abrede gestellet worden, dieserhalb dennoch die Klage nicht aufrechts gehalten wird; Revidentin aber damit, daß sie bey Versteigerungdes Gartens zugegen gewesen, und sie, als sie überboten worden, nicht weiter geboten, vielmehr ihm, dem Beklagten adjudiciren lassen, den Verkauf an denselben unstreitig genehmigt; und da ein Retrahent auf den Fall, wenn er ohne Vorbehalt einen Kauf genehmigt, ihn mittelst einer Retraktsklage anzufechten ausser Sand sich befindet

I. Feud. 5. §. 1.
Berger elect. discept. for. pag. 1174.
Leyser sp. 195. med. 6.

sie, wenn auch sonst Entsagungen stricte zu erklären, und nicht zu vermuthen, desgleichen daß dem Entsagenden zur Zeit der Entsagung, dasjenige, dem er sich begeben sollen, bekannt gewesen,

sen, zum voraussetzen, gleichwohl für ihre Person, des Retrakts für verlustig zu achten; und letzteres, wenn auch die Versteigerung öffentlich nicht geschehn, und allerdings sonst ein Retrakt, einen wirklich vollzogenen Verkauf erfodert, billig anzunehmen ist; endlich Revidentin ihre Klage auf das sonst einem Gläubiger in der L. 16 ff. de reb. auctor. jud. poss. zugestandenen Vorkaufsrecht gar nicht gegründet, sondern sich darauf lediglich in der Replick bezogen, sie auch dessen, als eines bloßen Vorkaufsrechts, nach dem wirklich zu Stande gebrachten Kauf gegen Revisen, als Käufern, sich gar nicht zu Nutzen machen kann, und also das erstere Erkenntniß nicht aufgehoben, noch dasselbe sowohl, als das darauf folgende, des Unkostenpunkts halben abgeändert werden können; in so weit aber in dem letztern, der Revidentin Klage gänzlich für unstatthaft erkannt, und ihr also eine anderweite Klage anzustellen, abgeschnitten worden, sie allerdings beschwert ist, da der Gegentheil das in der untern Instanz ertheilte Erkenntniß in seine Rechtskraft treten lassen, und also selbiges nicht zu ihrem Nachtheil abgeändert werden mögen, mithin aber dermalen dahin, daß es blos bei der erstern Sentenz zu lassen zu sprechen, und um deswillen auch die in der letzten Instanz aufgelaufenen Unkosten gegen einander zu vergleichen gewesen: So ist demnach, wie im Urtheil enthalten, billig erkannt worden.

---

439. Meditation.

Der Käufer von kontribuablen Bauerngrundstücken, muß den davon übernommenen Hülfsbeytrag, wenn gleich durch eine neuere Kontributions Einrichtung, die angekauften Grundstücke nachher in der Kontribution herunter gekommen sind, an den Verkäufer, nach Abzug der ihm davon angesetzten Kontribution, ferner entrichten.

§. 1.

In der 384sten Meditation des 7ten Bandes haben wir einen Fall über die Frage eingerückt: Ob die, bey verkauften Bauergütern, von dem Käufer übernommene jährliche Abgabe an den Verkäufer, für einen Zins, oder für Kontributions Hülfsgeld anzusehen sey? Ein ähnlicher Fall kam in folgendem Rechtsstreite zur Untersuchung.

Des Titius Vorfahren hatten vor geraumen Jahren, von den Vorfahren des Kajus einige zu dessen Bauerngute gehörige Gründstücke nach und nach angekauft. In dem ersten Kaufbriefe, der über ein Stück Land zum Anbau eines Hauses lautete, war die Bedingung gemacht, daß Käufer und seine Erben, an des Verkäufers Colonat einen Mattier zu den monatlichen Abgaben jährlich entrichten sollten, und ausserdem hatte der

der Käufer nach der, beym Amte getroffenen, Verfügung noch jährlich drey Handdiensttage, den Jahrsschatz und die Lieferung eines Huhns an die Landesherrschaft, imgleichen zur Recognition für den Gutsherrn die Lieferung eines Huhns und zwölf Eyer übernehmen müssen.

In dem letztern Kaufbriefe hieß es unter andern, daß der Käufer **Titius** eine Hausstätte auf das zuerst angekaufte Grundstück gebauet, und solchergestalt den Gütern ein monatliches Simplum von 2 Mgr. abgenommen habe.

Diese Abgabe, welche nach dem alten Kontributions Fuß von 94½ Monaten, jährlich 5 Rthlr. 10 Mgr. betrug, hatte der Käufer auch, bis zur neuen Contributions Einrichtung im Jahre 1783 bezahlet; von dieser Zeit an wollte er sich aber nicht mehr dazu verstehn, weil der Verkäufer bei der neuen Kontributions Einrichtung von der Steuerbarkeit, der von seinen Vorfahren veräußerten Güter befreyet, und solche ihm Käufer nicht nur zugeschrieben, sondern auch im Kontributions Beytrage heruntergesetzt und vermindert worden wären.

§. 2. In der, von dem Verkäufer dieserhalb gegen den Käufer angestellten Klage, verlangte jener, daß ihm dieser, entweder den kontrahirten Hülfsbeytrag, nach Abzug der Summe, welche ihm von dem Taxatum der gekauften Grundstücke nunmehr im Kataster zur Kontribution angesetzt und zugeschrieben worden sey — diese betrug nach der neuern Kontributions Einrichtung

tung jetzt nur jährlich 3 Rthlr. 3 gr. 1 Pf. — ferner bezahlen, oder aber ihm die Grundstücke, gegen Wiederbezahlung der Kaufgelder und Bezahlung des darauf gebaueten Hauses nach dem Taxatum, abtreten solle; indem der Hülfsbeytrag nicht nur in Rücksicht der Kontribution, sondern auch in Rücksicht der übrigen auf seinen Gütern ruhenden Abgaben bestimmet und vereinigt worden sey.

Wie nun der Beklagte sich dazu nicht bequemen wollte, und bey seinen Einwendungen beharrte, wurde vom Gerichte erkannt:

Da die eingeführte allgemeine Steuer Einrichtung, jura ex contractu quaesita, an sich nicht aufheben kann; so ist Beklagter dem Kläger, das nach Abzug der ihm angesetzten Kontribution, sonst mehr Entrichtete, dem Kontrakt gemäß, monatlich zur Hülfe der übrigen Prästanden so wohl de praeterito als futuro nach dem Ertrag des alten Steuerfußes zu bezahlen schuldig.

§. 3. Ueber diese Erkenntniß fand sich Beklagter beschwert, und appellirte davon an das Obergericht. In der Rechtfertigung seiner Beschwerden bemerkte er hauptsächlich dieses: Bey dem alten vorherigen Steuerfuß, nach welchem er dem Kläger jährlich einen Hülfsbeytrag von 5 Rthlr. 10 gr. für die, von dessen Kolonate gekauften Güter habe geben müssen, wären keine gleiche, gewisse und verhältnißmäßige Grundsätze angenommen; der neuere Steuerfuß gründe sich hingegen auf eine gehörige Taxation,

nach

nach welcher die Güter Abgaben verhältnißmäßig äquipariret, und der vorherige Steuerfuß nach Befinden entweder erhöhet, oder vermindert worden sey. Der Kläger könne dashalb aus solcher Aequiparation keinen Nutzen ziehen, wenn dadurch seine Steuern von den gekauften Gütern auf 3 Rthlr. 3 Mgr. 1 Pf. herunter gesetzt wären; und den darnach bleibenden Ueberschuß von ihm nicht verlangen, indem auch Kläger durch die Verminderung der vorherigen Steuern keinen Schaden leide, weil diese nunmehr von dessen Gütern ganz abgenommen, und ihm die Güter mit den darauf haftenden Abgaben im Kataster zugeschrieben worden, dabey auch in dem Verkauf Kontrakt, von Seiten des Klägern bloß verhältnißmäßige Lasttragung bedungen und vorbehalten sey.

Seine Vorfahren hätten nun zwar, die von Klägers Vorfahren angekauften Güter cum onere inhaerente übernommen; bey der neuen Kontributions Einrichtung habe sich aber entdeckt, daß das übernommene onus wegen der schlechten Qualität der Güter zu groß, und davon nicht entrichtet werden könne. Um die Lasten also mit den Gütern in verhältnißmäßige Gleichheit zu setzen, wären jene nach den Grundsätzen der neuen Kontributions Einrichtung herunter gesetzt worden, wodurch des Klägers jura quaesita nicht im mindesten gelitten, weil seine Beklagtens Vorfahren in dem Kontrakte nichts, als die auf den gekauften Gütern haftende Kontribution ins monatliche Simplum übernommen, und diese bey

der

der neuen Steuer Einrichtung dem Kolonate des Klägers, gänzlich abgeschrieben wären.

§. 4. **Kläger** führte dagegen folgendes an: Wenn Beklagter die kontraktmäßig übernommenen 2 Mgr. in simplum nach dem alten Steuerfuße an sein Kolonat, nach Abzug der ihm zugeschriebenen Kontribution, zu Hülfe der Landes- und Gutsherrlichen Prästanden seines Kolonats, an dasselbe ferner bezahle; so prästire er weiter nichts, als was seine Vorfahren zu bezahlen übernommen hätten. Von einem mit mannigfaltigen Lasten beschwerten Gute könne überhaupt nichts, als cum onere inhaerente verkauft werden. Die neuere Kontributions Einrichtung hebe die jura singulorum ex contractu qaesita nicht auf, und die 2 Mgr. welche der Beklagte für die von seinem Kolonate angekauften Güter, in simplum contributionis zu bezahlen übernommen und auch geständig bezahlet, hätten nicht Beziehung auf die Kontribution allein, sondern auch auf die Herrschaftlichen Domanial-Pacht-Zehnt-Prästanden, und sämmtliche Abgaben und Lasten, welche sonst auf die angekauften Güter ebenwohl verhältnißmäßig repartiret werden müßten. Einer bequemern Rechnung wegen, wären nun alle dergleichen Lasten, in dem monatlichen Hülfsbeytrag von 2 Mgr. geschoben, und mache die Kontribution keine Aenderung in den Nebenlasten. Es bleibe Beklagter daher den Kontrakten gemäß immerhin schuldig, den vorherigen Hülfsbeytrag, nach

Ab-

Abzug der ihm zugeschriebenen Kontribution, an sein Kolonat zu entrichten, oder er müsse sich gefallen lassen, daß die von seinen Gütern getrennten Pertinenzien, seinem Kolonat wieder incorporiret würden.

§. 5. In dieser Instanz wurde der vorige Bescheid völlig bestätigt, und zwar aus folgenden Gründen:

Es scheinet zwar, daß weil der alte Steuerfuß, nach welchem Beklagtens Vorfahren, für die, von dem Kolonate des Klägers angekauften, Güter ein monathliches simplum contributionis zu 2 Mgr. und vom ganzen Jahre zu 5 Rthlr. 10 Mgr. zu bezahlen übernommen, in dem Jahre 1783 durch das darin zur Perfection gekommene neue Kataster abgestellet, und darin das Kontributions Quantum von einem jeden individuellen Grundstück vermittelst einer genauen Taxation nach dem wahren Ertrage, nicht nur reguliret und bestimmet, sondern auch des Klägers Kolonat, welchem das onus contributionis in Ansehung der veräußerten Güter bis dahin inferiret hat, durch die neue Kontributions Einrichtung davon befreyet, und den Beklagten solche zur Last geschrieben worden; dieser nicht weiter schuldig sey, irgend einen Hülfsbeytrag an Klägers Kolonat weiter zu prästiren.

Allein da der Census, welcher von Seiten des Beklagtens,. mit den von Klägers Kolonate angekauften Grundstücken, per pacta contractui adjecta übernommen worden, nicht ad tempus usque

usque ad reformationem politicam, sondern in perpetuum constituiret ist, wie aus dem beygebrachten Kauf- und Verkauf-Kontrakte ganz deutlich erhellet, wenn es darin heißt;

daß Käufer und seine Erben, den bedungenen Censum an Klägers Hof jährlich geben und entrichten sollen;

und solches auch die Folge der Zeit bestätigt, worin Beklagter und seine Vorfahren solchen Censum bis zum Jahre 1783 geständig bezahlet haben — durch die neue Kataster- und Kontributions Einrichtung die auf Kontrakte und Herkommen sich gründenden activ- und passiv- Gerechtigkeiten der Unterthanen keine Veränderung erlitten, sondern dadurch lediglich eine egale verhältnißmäßige Steuer von den Güter Nutzungen der Unterthanen zu den Landes Bedürfnissen bestimmet und festgesetzt worden; — Aus den verhandelten Akten auch nicht abzunehmen ist, daß die Abgaben und Prästationen an den Guts- Pacht- Zehnt- und Dienstherrn, und andere onera, mit welchen die Kolonate, außer der Kontribution, belastet sind, auf die, von Klägers Kolonate getrennten, Güter gehörig vertheilet, und dem geschwächten Kolonate verhältnißmäßig abgenommen worden sind; weil ohne eine verhältnißmässige Vertheilung und Uebernehmung allen solchen Prästanden, keine Pertinenzien von einem Kolonate zum Nachtheil des Hauptguts, des Guts- Pacht- Zehnt- und Dienstherrn, den Landesordnungen gemäß getrennt werden können, und hierauf des Klägers Vorfahren so wohl, als die Vorfah-

fahren des Beklagtens bey geschehener Bestimmung des Hülfsbeytrags, und des sich darnach verminderten Kaufspreises Rücksicht nehmen müssen. So kann Beklagter nunmehr den von seinen Vorfahren, dem Kolanate des Klägers stipulirten Hülfsbeytrag auf keine Weise, und aus dem alleinigen Grunde gänzlich entziehen, daß ihm die von Klägers Kolonate getrennten Güter, mit der darauf regulirten Kontribution im neuen Kataster zugeschrieben worden; zumahl er alsdenn, wenn er die ihm zugeschriebene Kontribution bezahlet, gleich wie von dem Kläger nur verlangt, und in voriger Instanz den Rechten und der Billigkeit gemäß erkannt worden, nichts mehr von seinen acquirirten Gütern entrichtet, als bey dem Ankaufe festgesetzt, und nächstdem von ihm und seinen Vorfahren in einer Zeit von 30 und mehrern Jahren schon prästiret worden ist.

---

440. Meditation.

Einem Sohne steht es nicht frey, über sein peculium adventitium irregulare sive extraordinarium zu testiren.

§. 1.

Es ist bekannt, und auch durch Gesetze deutlich verordnet *a*), daß nach dem römischen Rechte, die

a) Qui in potestate parentis est, testamenti faciendi jus non habet, adeo, ut quamvis pater ei

die Söhne (filii familias) nicht die Erlaubniß haben, ein Testament zu errichten, selbst wenn es ihnen auch ihr Vater erlauben will. Nur über ein solches Vermögen, in Ansehung dessen sie als Hausväter angesehen werden, (peculium castrense oder quasi castrense), können sie ein Testament machen. So deutlich nun gleich die Gesetze über jenen Fall reden, so giebt es doch verschiedene Rechtsgelehrte *b*), welche den Söhnen die Testaments Errichtung über ihr peculium adventitium irregulare zugestehen.

§. 2. Unter dem peculio adventitio verstehet man dasjenige Vermögen, welches die Kinder nicht von ihrem Vater, auch nicht in Rücksicht seiner, erworben haben. An diesem Vermögen, hat in der Regel, der Vater die Verwaltung und die Nutznießung; und das Eigenthum davon stehet den Kindern zu. In einigen Fällen kann sich aber auch der Vater an diesem Vermögen den Nießbrauch nicht anmaßen, z. B. wenn jemand den Kindern etwas schenket, unter der Bedingung, daß er davon die Nutznießung nicht haben soll; oder wenn sie wider den Willen ihres Vaters etwas erwerben. Dieses Vermögen

permittat, nihilo magis tamen jure testari possit. *L.* 6. *pr.* 19. *L.* 3. §. I. *L.* . *C. qui testam. facere poss.*

b) *Meier* dec. 4. qu. 8. *Hunnius* var. res. Lib. 2. tr. 5. qu. 10. *Rau* Diss. historia jur. civ. de peculiis 1770. §. 10. pag. 42, 43.

gen wird mit dem Namen peculium adventitium irregulare oder extraordinarium belegt.

§. 3. Die Gegner behaupten nun, daß über dieses Peculium ein Sohn zu testiren, die Freyheit habe, und zwar unter andern deswegen:

1) weil einem jeden Eigenthümer, wie hier der Sohn sey, frey stehe, über sein Vermögen zu testiren, ausbenommen nur, wenn ihm solches ausdrücklich verboten sey. — Dies ist zwar richtig, allein da, wie wir im §. 1. schon bemerkt haben, ein Sohn überhaupt nicht die Freyheit zu testiren hat, als nur über solches Vermögen, in Ansehung dessen er, als ein Hausvater angesehen wird, so fehlt es hier auch nicht an einem solchen allgemeinen Verbote.

2) weil in der Nov. 117. cap. 1. §. 1. den Kindern eine freye Disposition über dergleichen Vermögen eingeräumet sey, wenn es heiße:

Res autem ita relictas ſive donatas, poſitis ſub poteſtate perſonis, ſi quidem perfectae ſint aetatis, licet ſub poteſtate ſint, licentiam habeant, quo volunt modo disponere.

Diese Stelle hat für die gegenseitige Meynung großen Anschein, da so allgemein darinn gesagt wird: licentiam habeant *puo volunt modo* disponere.

Allein mehrere, von den, der diesseitigen Meynung beytretenden Rechtsgelehrten *c*) haben

c) *Vinnius* ad §. 1. J. quib. non eſt permiſſ. facere teſt. m. 6. *Coccеii* Ius contr. Lib. 28.

ben schon gründlich gezeigt, daß hier unter dem Ausdrucke disponere, keine Testamentarische Disposition, sondern eine solche verstanden werde, welche unter den Lebendigen geschiehet. Dies ist auch wohl wenig zu bezweifeln. Denn einmal bestimmt diese Novelle zu einer solchen Disposition perfectam aetatem. Zu einem vollkommenen Alter werden aber 25 Jahre erfodert, wie aus L. 9. §. 1. ff. de tut. et rat. distr. abzunehmen ist. Nun ist bekannt, daß schon derjenige, welcher mündig ist, ein Testament machen kann; es kann folglich hier von keiner Testamentarischen Disposition die Rede seyn.

Fürs zweyte wird der Ausdruck disponere im griechischen Texte durch διοικεῖν gegeben, welches aber von keiner Testamentarischen Disposition zu verstehen ist *d*).

3) weil nach der L. 8. §. 5. C. de bonis, quae liber. den Kindern nur verboten sey, über

Tit. 1. qu. 5. *Schumacher* diss. de exclusione filiorum, familias a testamenti factione quoad bona adventitia extraordinaria 1781. Cap. 2. §. 2. seqq. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen Lib. 2. Tit. 12. §. 466. *Aldringen* Diss. de bonis, quae liberis in potestate patris constitutis extra militiam ita adquiruntur, ut pater usumfructum non habeat, et eorum administratione 1786.

d) *Galvanus* de usufr. cap. 9.

über das Vermögen zu testiren, an welchem den Eltern der Nießbrauch zustehe.

> Filiis autem familias in his duntaxat casibus, in quibus usus fructus apud parentes constitus est, donec parentes vivant, nec de iisdem rebus testari permittimus — —

Die Gegenseite meynet also, da sich dies Verbot nur über ein solches, unter dem Nießbrauche des Vaters stehendes, Vermögen erstrecke, ein Sohn über dasjenige Vermögen, an welchem der Vater keinen Nießbrauch habe, frey testiren könne. — Diese Folgerung ist aber nicht richtig, und jenes Gesetz, wenn es auch eine solche Auslegung verstatten könnte, finder hier keine Anwendung mehr, weil in einem neuern Gesetze ein anders verordnet und jenes darin aufgehoben ist.

Nemo ex lege, heißt es in der *L. II. C. qui testam. facere poss.* — quam nuper promulgavimus, in rebus quae parentibus acquiri non possunt, existimet aliquid esse innovandum, aut permissum esse filiis familias cujuscunque gradus vel sexus, testamenta facere sive sine patris consensu bona possideant secundum nostrae legis distinctionem, sive cum eorum voluntate. Nullo etenim modo hoc eis permittimus, sed antiqua lex per omnia conservetur, quae filiis familias, nisi in certis casibus, testamenta facere nullo modo concedit, et in his personis

sonis, quae hujusmodi facultatem habere jam concessae sunt.

Dieses Gesetz redet deutlich genug, und wird durch den *§. 1. in fine quibus non est permiss. facere test.* bestätigt. Hier heißt es:

praeter hos igitur, qui castrense peculium vel quasi castrense habent, si quis alius filius familias testamentum fecerit, inutile est, licet suae potestatis factus decesserit.

§. 4. Wenn nun aber gleich über dieses peculium adventitium extraordinarium der Sohn kein Testament machen kann, so ist es ihm, auf den Fall, wenn ihm die Verwaltung desselben zustehet, jedoch nicht untersagt, dasselbe unter den Lebendigen, oder von Todeswegen, auch ohne Zustimmung seines Vaters, zu verschenken *e*); denn hier findet jenes, wegen der Testaments Errichtung im 1sten §. angeführte Verbot, keine Anwendung.

e) Nov. 117. Cap. 1. *Koechy* Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit, 1r Bd. Nr. 22. §. 298

---

441. Meditation.

Ein Rechtsfall über die Ausübung des statutarischen Retrakts, worin folgende Fragen zur Untersuchung kommen:

I. In welchem Zeitraume dieser Retrakt verjährt werde?

II. Ob das zu retrahirende Grundstück ein bürgerliches Grundstück sey?

III. Ob die nachgesuchte Zulassung zum Bürgerrechte den Retrakt vereiteln könne?

§. 1.

In der 382sten Meditation des 7ten Bandes haben wir einen Rechtsfall darüber angeführet, daß nemlich der statutarische Retrakt binnen Jahr und Tag, von Zeit der Wissenschaft an, verlohren gehe. Jetzt wollen wir einen ähnlichen Fall anführen, in welchem die Entscheidung anders ausfiel.

Nach dem landesherrlich bestätigten Statuten der Stadt D. woselbst die Klage über diesen Fall vorfiel, wird die Verpfändung und erbliche Veräußerung eines bürgerlichen Grundstücks an einen Nichtbürger, nicht gestattet, sondern es ist jedem Bürger, so auch dem Rath — und zwar diesem zum Behuf gemeiner

Stad

Stadt — in den Kauf oder Kontrakt zu treten, folglich das ius retrahendi auszuüben, frey und unbenommen.

Dieses statutarische Retraktsrecht stehet mehrern Städten dieses Landes zu, und die Allgemeinheit desselben für sämmtliche Städte des hiesigen Landes ergiebt sich aus dem Landtagsschluß von 1723. Die Stände stellten in ihrem Antrage über diesen Punkt folgendes vor:

Es sind verschiedene Ländereyen, welche in der Städte Feldmark belegen, jedoch in vorigen Jahren versetzt und verkauft sind; alsdann schon Bürger der Städte ihren privilegiis und Observanz gemäß, die vorhin versetzten Ländereyen wieder einzulösen erbietig, opponiren sich doch Käufer und Detentores, solche Ländereyen gegen empfangene Gelder wieder folgen zu lassen, worüber viele schädliche Processe und Kosten verursacht werden. Es bitten also Städte hinfort solche Detentores abzuweisen, noch denselben processus in hoc passu zu verstatten.

worauf dann diese landesherrliche Resolution erfolgte:

Wir lassen es bey der schon mehrmal ergangenen Verordnung, daß nemlich die Städte, die an die Extraneos nicht nur versetzte, sondern auch die verkaufte praedia, in so weit die Verkaufung nicht mit Bewilligung des Magistrats geschehn, caeteris paribus, reluiret werden mögen, und wollen nicht weniger darüber halten, als das Nöthige verfügen,

gen, daß darunter absque strepitu iudicii verfahren werde.

§. 2. Das Faktum, welches bey gegenwärtigem Falle zum Grunde liegt, ist dieses. Ein Bürger der Stadt D. verkauft im Jahr, 1779 vier Scheffel Saat, dieser Stadt kontribuables, Land, an einem benachbarten Bauern, und der, über diesen Kauf errichtete Kaufbrief, wird von dem Magistrate der Stadt D. jedoch unter dem wörtlichen Ausdruck: salvo iure reluendi civibus competente, bestätigt; der Kaufbrief dem Käufer eingehändigt, und ihm die Ländereyen selbst untergegeben.

Nach Verlauf von 12 Jahren tritt ein anderer Bürger der Stadt D. auf, um den Retrakt auszuüben, zu welchem Ende er dem Käufer dieses Landes das Kaufgeld anbietet, und die etwanigen Meliorationen gleichfalls zu bezahlen bereit ist. Weil aber der Käufer zur Abtretung dieses Landes sich außergerichtlich nicht verstehen will; so wird jener klagbar, und nach gewechselten Schriften, wird der Käufer so wohl von dem Magistrat der Stadt D., als nachher in der Appellations-Instanz von dem Obergerichte, zur Zurückgabe der vier Scheffel Saat-Land, gegen Erstattung der Kaufgelder, und Vergütung erweislicher Meliorationen, schuldig erkannt.

§. 3. I. Eine von den Haupteinreden, welche der Käufer dem Kläger entgegen setzte, war

war die Einrede der Verjährung. Ueber diese wurde, in den, dem letztern in der Appellations-Instanz ertheilten Erkenntnisse beygefügten Entscheidungsgründen folgendes gesetzt:

Wichtiger wie alle bisherigen Einreden des Appellanten ist die von ihm vorgeschützte exceptio praescriptionis. Denn daß das ius retractus statutarium s. legale, innerhalb Jahr und Tag erlösche, behaupten sehr viele Rechtslehrer.

Boehmer Elect. iur. civ. Tom. 2. ex. 16.
v. Selchow Elem. iur. germ. Lib. 4. Cap. 1. Sect. 2. §. 591.

Nun hat sich der Magistrat in der Bestätigung des Kaufbriefes zwar den Rückzug vorbehalten; allein der dabey gebrauchte Ausdruck: Salvo iure retractus civibus competente, deutet auf kein neues, erst *per pactum* constituirtes, und als solches nur innerhalb 30 Jahren erlöschendes, sondern auf ein bereits schon vorhandenes, ex statuto entspringendes, besonderes Recht. Durch die Reservation, ohne welche der Retrakt, wegen der vom Magistrate ertheilten Genehmigung des Kaufs, nach Vorschrift des Landtagsschlusses von 1723 verlohren gegangen seyn würde, wurde gedachtes Rückzugsrecht zwar an sich erhalten; allein dessen passive Qualität, daß es durch die annal Präscription erlösche, so wenig aufgehoben, als dies bey jeder andern reservirten Sache oder Gerechtsame, worauf onera realia haften, oder exceptiones reales — wohin die Einrede der Verjährung ge-

gehöret — anwendbar sind, der Fall ist; und scheint der im Landtagsschlusse enthaltene Ausdruck: caeteris paribus auf Beybehaltung der annal Präscription gleichfalls hinzudeuten.

Da Präjudicia bloß ius inter partes bestimmen, und dies also, nach Appellantens Meynung, von denjenigen Erkenntnissen, welche Appellat beygebracht hat, gelten muß; dabey schon 12 Jahre, von Zeit des, dem letztern wohl bewußten Kaufs, und der Uebergabe der gedachten Ländereyen, verflossen sind, so müßte freylich dem Anscheine nach, die annal Präscription hier eintreten, und zum Vortheil des Appellanten wirken, um so mehr, da die vom Magistrat geschehne Reservation, nach jenes Behauptung, als eine reservatio facto contraria, wozu derselbe, weil er keine allgemeine Rechte aufheben könne, keine Befugniß gehabt, anzusehen ist.

Indes heben sich diese Bedenklichkeiten bey näherer Erwegung der Sache von selbst.

1) Daß bey den Römern das jus retractus bereits bekannt, und im Gebrauch gewesen sey, zeigt sich aus mehrern darüber sprechenden Gesetzen. Denn so heißt es in der

L. 9. §. 2. ff. de administr. rerum ad civit. pert.

Agros reipublicae *retrahere*, curatorem civitatis debere, licet a bonae fidei emtoribus possideantur, cum possint ad suos autores recurrere.

Eben

Eben so war der Rückzug bey den, zu einem Hauptdorfe oder Flecken gehörigen, an Nichteinwohner desselben veräußerten Grundgütern gesetzlich eingeführet,

L. un. C. non licere habitat. metrocom.

welches Gesetz, ob es gleich den Worten nach, nicht von städtischen Grundgütern spricht, doch wegen des, bey den Städten eintretenden gleichen Grundes, nemlich der Erhaltung der zur Gemeine gehörigen Güter, und Abwendung des, durch Zersplitterung derselben, für jene entstehenden Nachtheils, mit Recht auch auf unsere jetzigen Städte angewendet, und der retractus ex jure incolatus in sensu speciali, wie er hier sich zeigt, zu dem retractus in jure communi fundato, von mehrern Rechtslehrern gerechnet wird,

Stryk de successs. ab int. Diss. 6. Cap. 1. §. 11.

Brunnemann de jure peregrinor. membr. 2. §. 28.

und deshalb die Vermuthung für sich hat.

Stryk l. c.

In keiner gesetzlichen Verordnung des gemeinen Rechts ist aber dem Rückzugsrechte eine besondere Verjährungszeit — ausgenommen in der *L. ult. C. de iur. emphyth.* als in einem besondern Falle — vorgeschrieben; weshalb denn die, zur Ausübung dieses Rechts Statt findende Klage, die condictio ex lege vel moribus, et quidem in rem scripta, wie jede andere actio personalis vel mixta, innerhalb 30 Jahren

an=

angestellt werden kann; um so mehr, da die annal. Präscription in actionibus personalibus vel mixtis durch ausdrückliche Verordnung der L. 1. pr. C. de annal. praescr. aufgehoben, und es bey dem Zeitraum von 30 Jahren bey ihnen gelassen worden ist.

Wenn nun gleich

2) nach vieler Rechtslehrer Behauptung, der retractus legalis vel statutarius, falls keine Verjährungszeit in den Statuten bestimmt, wie dies bey der Stadt D. der Fall ist, beynahe in ganz Deutschland der annal Präscription unterworfen ist, und hier L. 2. Feud. 9. §. 1. zum Grunde gelegt wird; so läßt sich doch dagegen nicht ohne allen Grund bemerken

a) daß diese Verordnung ein, bloß von Lehngütern, also ganz verschiedenen Objecten, sprechendes und besonderes Gesetz ist, welches beym retractu incolatus civici so wenig zur Norm dienen kann, als der, gleichfalls eine besondere Bestimmung enthaltende, L. ult. C. de jure emphyth. jemals darauf, oder auf andere Arten römischer Retracte angewendet worden ist. Denn fehlt es

b) an einem dieserhalb Bestimmung gebenden, allgemein verbindlichen Reichsgesetze. Auch in den wenigsten Landes- und Stadtgesetzen Deutschlands ist über die Verjährungszeit

die-

dieses Retrakts etwas bestimmet, und wenn gleich die annal Präscription beynah in ganz Deutschland durch Gewohnheit angenommen ist; so ist das doch einmal nur fere communiter, also nicht allenthalben der Fall

Mevius P. 2. decis. 252. Nr. 10, 11.

Struv Synt. jur. civ. Ex. 23. Lib. 18. Tit. 3. §. 64.

dann aber können die in mehrern Ländern Deutschlands herrschenden Gewohnheiten und Gebräuche, immer als besondere Verfassungen und Normen betrachtet, in solchen Einrichtungen und Verhältnissen, welche nicht bloß aus ihnen ihren Ursprung nehmen, sondern schon im römischen Rechte bekannt sind, den, in diesem, als einem allgemein angenommenen Gesetze, allen, aus vorgedachten Einrichtungen entspringenden persönlichen Klagen, folglich auch der conditioni ex lege ad exercendum retractum, vorgeschriebenen 30jähriges Zeitraume, auch in Ansehung dieses, der Stadt D. eigenen statutarischen Rechts des Rückzugs, nicht einschränken; zumal da es nicht unbekannt ist, daß auch statuta secundum jus commune interpretiret, und die etwa fehlenden Bestimmungen, in

in diesem oder jenem Punkte, aus dem gemeinen Rechte, ergänzt werden müssen,

Cap. 8. Decr. gregor. Lib. 1. Tit. 5.

Gail Obs. 50. in fine.

Carpzov Lib. 6. Resp. 49. Nr. 19.

Horn in Sent. et Resp. Cap. 1. v. 11. Nr. 20. p. 388. b.

Carpzov P. 1. Dec. 63. Nr. 13.

weshalb denn, die von Appellanten vorgeschützte annal Präscription schon allein aus dem bisherigen Gesichtspunkte betrachtet, sehr zu bezweifeln seyn würde.

Will man aber auch

3) diesen und die bisherigen Gründe übergehen, den retractum civicum ganz aus deutschen Rechten herleiten, und die annal Präscription an und für sich auf ihn anwendbar finden, so ist es doch Regel:

quod statuta interpretationem accipiant ex aliorum locorum jure, qui similia habent statuta

Mevius ad jus Lubec. quaest. praera X. in fine.

ICti Tubing Vol. 4. cons. 98. Nr. 18.

et quod ex loco vicino, qui similia jura exercet interpretatio statutorum sumi debeat

L. 32. pr. ff. de legib.

Rauch-

Rauchbar. P. 1. qu. 32. Nr. 15.

Nun ist es keinem Zweifel ausgesetzt, daß sowohl die Stadt L. als H. praejudicia für sich hat, nach welchen die annal Präscription schon respective vor, und nach dem Jahre 1723, nicht eingetreten ist. Eben das bewährt die landesherrliche Verordnung von 1710, welche den Bürgern von L. das Reluitionsrecht der im vorigen Kriege veräußerten Ländereyen zuspricht, also die annal Verjährung dadurch aufhebt; welche Verordnung, wenn sie gleich wörtlich bloß zu Gunsten der Bürgerschaft in L. ertheilet worden ist, doch wegen des, in den Statuten der Stadt D. gleichfalls, wie in denen der Stadt L. enthaltenen, Verbots der Alienation bürgerlicher Grundstücke an Auswärtige, folglich ex eadem causa et ob paritatem rationis auch zum Vortheil besagter Stadt D. ausgelegt werden muß,

L. 12 et 13 ff. de legib.

und zwar um so mehr, da der, nachher für alle Städte dieses Landes, folglich auch für D. gegebene, Landtagsschluß von 1723, die des Retrakts wegen mehrmal ergangene Verordnung, worunter die oben angezogene ohne Bedenken zu verstehen, bestätigt; und dieser Landtagsschluß an und für sich betrachtet, so erkläret werden muß, daß dadurch die annal Präsceiption nicht vorbehalten worden, weil eine entgegenge-

setzte

setzte Auslegung denselben, mit jener, die letztere offenbar ausschließenden Verordnung in sichtbaren Widerspruch setzen; auch die, in dem Landtagsschluße ertheilte landesherrliche Resolution einer unbedingten Wiedereinlösung der in vorigen Jahren versetzten, oder verkauften Länderey mit Beybehaltung der annal Präscription sich nicht reimen lassen würde; weßhalb denn auch die von Appellaten beygebrachten Präjudicia, worin dasselbe behauptet worden, als sententiae secundum legem auch hier die Entscheidung begründen.

L. 12 et 13 ff. de legib.

In diesem Betrachte ist es von selbst zu ermessen, daß der im Landtagsschluße enthaltene Ausdruck caeteris paribus nur auf Beachtung der übrigen zum Retrakte gehörigen Erforderniße, und falls dadurch auch die Einrede der Verjährung vorbehalten seyn sollte, dieses doch nur auf die 30 jährige Präscription gedeutet werden kann.

Daß nun die Reservation des Rückzugs von Seiten des Magistrats eine protestatio facto contraria seyn soll, läßt sich mit Grunde nicht behaupten, da jedem rechtlichen Geschäffte, wodurch das Eigenthum einer Sache jemand übertragen werden soll, eine conditio resolutiva per modum reservationis angehängt werden kann, wie dies beym pacto de retrovendendo, addictionis

nis in diem, et lege commissoria, mithin auch bey der Reservation des Retrakts der Fall ist.

Zu dieser war aber der Magistrat unstreitig berechtigt, indem er vermöge der Statuten, zum Rückzug schon sebst befugt, den Verkauf ohne solchen Vorbehalt, für nachtheilig hielt, jeden Schaden aber bey Confirmation von einem Dritten abzuwenden verbunden ist, zumal, wenn derselbe in seinem Jurisdictions Bezirk wohnet, indem der Richter in der Novelle 8. Kap. 8. pater suorum genannt wird. Der angezogene Vorbehalt ist auch um so weniger rechtlichen Zweifel unterworfen, weil er für eine persona moralis gemacht wurde, welcher der Magistrat zugleich als Vorsteher und Vormund vorstand, und die Bewilligung mit, oder ohne Einschränkung ertheilt werden konnte.

Claproth primae lineae jurisprudent. extraird. Götting. 1766. Sect. I. §. 16, 19. pag. 13, 15, 16.

§. 4. II. Die zweyte Einrede, welche Appellant, dem Appellaten machte, war die, daß die in Frage seyende Ländrey, nicht in der Stadt D. Feldmark liege, und kein bürgerliches Grundstück sey.

Hierüber heißt es in den Entscheidungsgründen so:

Appellant behauptet nun zwar, daß die in Frage seyende Länderey nicht in der Stadt D. Feldmark liege, kein bürgerliches Grundstück, folglich kein Retrakt, Rechtens sey. Allein da diese Länderey, nach den original Kaufbriefen, von ehemaligen Bürgern dieser Stadt herrühret, und nach dem, von dem Burgermeister N. als einem in Eid und Pflicht stehenden Manne ausgestellten, vollkommen beweisenden, Zeugnisse, der Contribution an die Stadt-Kämmerey unterworfen ist, woraus die bürgerliche Qualität eines Grundstücks, ohne Zweifel folgt;

Klock de Contrib. Cap. 3. Nr. 147. Cap. 11. Nr. 1.

Strubens rechtliche Bedenken, Th. 1. Bed. 18. S. 51.

da diese letztere fernere vom Appellanten, durch Annahme der vom Magistrat allhier geschehenen Confirmation des Kaufs, und durch sein Nachsuchen um Ertheilung des Bürgerrechts anerkannt worden ist, so fällt jene Behauptung des Appellanten als ungegründet gleichfalls hinweg.

§. 5. III. Der dritte Grund, weßhalb Appellant den Retrakt dem Appellaten nicht zugestehen wollte, war der: daß er bey dem Magistrat um Ertheilung des Bürgerrechts nachgesucht habe. Hierüber wurde in den Entscheidungsgründen folgendes gesagt.

Freylich glaubt nun Appellant, daß sein Nachsuchen um Ertheilung des Bürgerrechts, in der Stadt D., welches bereits dem Colonus

G.

G. zu Z. verliehen, ihn gegen den Retrakt schützen müße, und die, in lateinischer Sprache von Seiten des Magistrats ausgedruckte, Reservation desselben, für ihn Appellanten als einen uncultivirten Bauer keine nachtheilige Effecten habe; Indeß ist es gar keinem Zweifel unterworfen, daß

1) die Zulassung eines Auswärtigen zum Bürgerrechte, von der Beurtheilung und dem Willen des Magistrats abhängt, und nicht erzwungen werden kann, *) ferner
2) jenes Gesuch des Appellanten auch, nach ihm von Appellaten bereits angedeutetem Rückzuge, also zu spät angebracht war, mithin diesen nicht vereiteln kann,
   Walch vom Näherrecht 2tes Buch, 2tes Hauptstück, 2ter Abschnitt, 2te Abtheilung von der Marklosung S. 394.

und

3) ein, diesem oder jenem aus freyem Willen vom Magistrate ertheiltes Recht, ihn zu

D 2 kei-

*) Daß der Magistrat niemanden das Bürgerrecht verweigern dürfe, der desselben nicht besonderer Ursachen wegen unfähig ist, behaupten Strube rechtl. Bed. Th. 3. Bed. 5. S. 55. Joh. Ulr. von Cramer Ob die Aufnahme zum Bürger eine bloße Policey-Sache sey? in den Wezlar. Nebenst. Th. 2. S. 152. Runde Grundriß des deutschen Privatrechts §. 446. S. 339.

keiner gleichen Pflicht gegen andere verbindet.

Da nun auch für die Gesetzmäßigkeit einer richterlichen Handlung die Vermuthung streitet, so läßt sich an einer, vom Magistrate, dem Appellanten geschehnen, deutlichen Erklärung des Vorbehalts jenes Rückzugs so wenig zweifeln, als es in entgegengesetztem Falle, seine Pflicht gewesen wäre, sich diesen, in dem offenen und ihm behändigten Kaufbriefe enthaltenen, Ausdruck von Sachverständigen erklären zu lassen.

---

442. Meditation.

Bey Erklärung eines Kontrakts, muß man besonders auf die Willensmeynung der Kontrahenten sehen. Ein Rechtsstreit über die Erklärung eines erneuerten Pachtkontrakts.

§. 1.

Es ist eine bekannte Regel, daß bey Erklärung der Kontrakte, wenn deren Worte dem Inhalte nach zweifelhaft sind, besonders auf die Willensmeynung der Kontrahenten gesehen, und diese dabey zum Grunde gelegt werden müsse, *) und

*) *L. 1. C. plus valere quod agitur, quam quod simul. concip.* In contractibus rei veritas potius, quam scriptura perspici debet.

und daß, wenn auch die Willensmeynung der Kontrahenten aus dem Kontrakte nicht ganz deutlich zu ersehen ist, gegen denjenigen die Erklärung zu machen sey, dessen Schuldigkeit es gewesen wäre, deutlicher sich auszudrücken; oder im Falle auch hierüber Gewißheit fehlet, gegen denjenigen, welcher den Kontrakt entworfen hat. *) Im nachfolgenden Falle, wurde von den Kontrahententen über die Erklärung und Auslegung eines, unter ihnen abgeschlossenen Pachtkontrakts gestritten.

§. 2. Jemand hatte an einen andern, auf 5 und 6 nach einander folgende Jahre, folgende Grundstücke verpachtet:

1) den Reckenkamp von Michael 1777 bis dahin 1782,
2) das Reckenfeld von Michael 1778 bis dahin 1783,

3) den

L. 3. *eod.* Emtione pignoris causa facta, non quod scriptum, sed quod gestum est, inspicitur.

*) *L.* 39 *ff. de partis.* Veteribus placet actionem obscuram, vel ambiguam, venditori, et qui locavit, nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere.

L. 38. §. 18 *ff. de verbor. obligat.* In stipulationibus cum quaeritur quid actum sit: verba contra stipulatorem interpretanda sunt.

3) den Hopfenkamp von Michael 1778 bis dahin 1784; und demselben darüber unterm 7ten Julii 1779 den Kontrakt ausgestellt.

Nachher hatte der Verpächter, dem Pächter noch

4) die an dem Hopfenkampe herunter schiessenden 6 Morgen Land von Michael 1779 bis dahin 1784 verpachtet, und diese Verpachtung obigem Kontrakte hinzugesetzt.

Unter diesem Kontrakte waren nun von der Wittwe des verstorbenen Verpächters den 9ten Jenner 1783 die Worte geschrieben: **dieser Kontrakt gehet von neuem wieder an;** und die Erklärung dieser Worte gab zu folgendem Processe Anlaß. Im Jahr 1784 beschwerte sich der Pächter, daß, ob zwar der mit Beklagtin und deren verstorbenen Ehemann im Jahr 1779 geschlossene Pachtkontrakt, von ihr durch ihre eigenhändige Unterschrift vom 9ten Jenner 1783 erneuert sey, dieselbe dennoch unternommen habe, die Nr. 4 bemerkten 6 Morgen Land selber zu bearbeiten; und ihn dadurch aus dem Kontrakte zu setzen. — Die Beklagtin leugnete, daß sie dem Kläger dieses Land auf anderweite 6 Jahre verpachtet habe; denn die von ihr am 9ten Jenner 1783 unter den Kontrakt geschriebenen Worte: **dieser Kontrakt gehet von neuem wieder an,** hätten bloß auf die, zu der damaligen Zeit pachtlos gewesenen Grundstücke, welche Kläger ruhig besitze, Beziehung, indem die Pachtzeit des

des Hopfenkamps Nr. 3 und der 6 Morgen Land Nr. 4, erst Michael 1784 nach dem Pachtkontrakte zu Ende wären, und also der darüber fortgedauerte Kontrakt, noch nicht habe erneuert werden dürfen. — Hierauf versetzte der Kläger: durch die Unterschrift: **dieser Kontrakt gehet von neuem wieder an,** sey nicht bloß die Verpachtung der Grundstücke Nr. 1 und 2, des Kontrakts, sondern der vorstehende ganze Kontrakt, und die Verpachtung aller darin benannten Grundstücke erneuert, weil solche Unterschrift ganz allgemein am Ende des Kontrakts gesetzt sey, und also nicht bloß auf einzelne, in dem Kontrakte benannte, Stücke Beziehung habe. Wäre es der Beklagtin Wille nicht gewesen, sämmtliche Ländereyen wiederum zu verpachten: so habe sie sich den Rechten gemäß, deutlicher ausdrücken und reden, oder doch solcherhalb sich wenigstens bey Zeiten näher erklären müßen, zumal es gar nichts ungewöhnliches sey, daß ein Pächter seinen Pachtkontrakt vor Ablauf desselben erneuern lasse.

Die **Beklagtin** erwiederte auf diesen Vortrag, da in dem Kontrakte nicht ausdrücklich gesetzt worden, daß dem Kläger die befragten Grundstücke ferner verpachtet seyn sollten, ein jeder auch der beste Ausleger seiner Worte sey, und sie dabey sich erbiete, eydlich zu erhärten, wie sie solche lediglich von den unter Nr. 1 und 2 in dem Kontrakte benannten Ländereyen verstanden habe; ferner es ihr nicht habe einfallen können, noch nicht pachtlos gewordene Ländereyen von

von neuem zu verpachten; überdem auch Kläger nicht würde beweisen können, daß er von den im Streite befangenen Ländereyen den gewöhnlichen Weinkauf entrichtet habe, so hielte sie sich auch nicht verpflichtet, dem Kläger solche Ländereyen ferner in Pacht zu lassen.

§. 3. In dem in dieser Sache ertheilten Bescheide, wurde dafür gehalten, daß die von Beklagtin im Monat Jenner 1783 geschehene Renovation, des mit dem Kläger im Jahr 1779 geschlossenen Pachtkontrakts, nicht nur von dem unter Nr. 1 und 2 darin benannten Reckenkampe und Reckenfelde; sondern auch von dem Nr. 3 und 4 benannten Hopfenkampe und den an demselben herunter schießenden 6 Morgen Land zu verstehen sey, und dabey Beklagtin schuldig erkannt, den Kläger sowohl in der ruhigen Benutzung sämmtlicher Ländereyen, während der neuen Pachtjahre zu belassen, als auch demselben die Kontraktswidrig abgenommenen 6 Morgen Land, in 14 Tagen sofort wieder einzuräumen, und allen erweislichen Schaden und entzogenes Interesse, imgleichen die Kosten zu erstatten.

Die Zweifels- und Entscheidungsgründe dieses Erkenntnisses lauteten so:

Nach der Angabe der Beklagtin möchte es nun zwar scheinen, daß sie dem, von Klägern producirten, Pachtkontrakte nicht entgegen gehandelt, und die von ihr unter den Kontrakt vom 9ten Jenner 1783 gesetzte Renovation desselben,

selben, auf den Hopfenkamp und die an demselben herunterschießenden 6 Morgen Land keine Beziehung habe, sondern diese — wie sie auch zur richtigen Erklärung ihrer Worte sich erboten, und eydlich zu erhärten — lediglich von den unter Nr. 1 und 2 in dem Kontrakte benannten Ländereyen, als dem Reckenkampe und Reckenfelde venstanden habe, weil diese Ländereyen in dem Jahre 1783 pachtlos geworden; hingegen die Pachtzeit jener Ländereyen sich erst im Jahr 1784 geendigt, damit also eine neue Verpachtung vorzunehmen, damals noch nicht erforderlich gewesen wäre; und Kläger auch nicht würde beweisen können, daß er ihr davon den gewöhnlichen Weinkauf entrichtet habe.

Allein, da

1) Beklagtin den von Kläger übergebenen Pachtkontrakt für richtig angenommen hat, in diesem Kontrakte dem Kläger, die an dem Hopfenkampe herunterschießende 6 Morgen Land auf 5 Jahre von Michael 1779 bis dahin 1784 verpachtet sind, und Beklagtin nicht hat in Abrede stellen können, daß sie ohne alle erhebliche Ursachen, in diesem letztern Pachtjahre solche 6 Morgen Land selbst habe beackern und besaamen lassen, mithin ihren Pächter vor der Zeit aus seinem Kontrakte eigenmächtig verdränget hat, so ist sie auch in Ansehung dieser Kontraktswidrigen Handlung den Rechten gemäß schuldig, dem Kläger allen dadurch

er-

erweislich erlittenen Schaden und entzogenes Interresse zu erstatten

L. 33 et 35 ff. locati cond.

2) Die Renovation der dem Kläger verpachteten Ländereyen betreffend; so heißt es ganz universell; dieser Kontrakt — worin Beklagtin und ihr verstorbener Ehemann, dem Kläger nicht nur den Reckenkamp und das Reckenfeld, sondern auch den Hopfenkamp, und die an demselben herschießende 6 Morgen Land im Jahr 1779 verpachtet haben — gehet von neuem wieder an; und können daher solche ausdrückliche und deutliche Worte, welche die Renovation des ganzen vorherstehenden Pachtkontrakts in sich fassen, gar nicht anders, als von allen in dem Kontrakte benannten Ländereyen verstanden werden, cum qui nihil sibi reservat, totum cedere et transtulisse videatur, indem es nichts besondres und ungewöhnliches ist, daß ein Pachtkontrakt vor Ablauf der Pachtjahre renoviret wird; und in einem solchen Kontrakte diejenigen Worte und Ausdrücke, welche etwa eine zweydeutige Erklärung haben, gegen den Verpächter erkläret werden müssen;

L. 39 ff. de pactis

zumahl der Beklagtin Vorgeben, daß ihre so klare Renovation des ganzen Kontrakts, nur von denjenigen Ländereyen, welche zu solcher Zeit pachtlos gewesen,

als

als vom Reckenkampe und Reckenfelde zu verstehen sey, nicht nur in aller Rücksicht offenbar ungegründet ist, und keinen Glauben verdienet, sondern auf die eydliche Bestätigung, wozu sie sich erbothen, unstatthaft ist, und der erst in der Duplik gemachte Einwand, daß Kläger ihr von den übrigen Ländereyen nicht den Weinkauf entrichtet habe, nichts releviret; weil das Reckenfeld im Jenner 1783 eben wenig pachtlos gewesen, und solches erst nachher um Michael desselben Jahrs pachtlos geworden ist; sie aber dieses Land dem Kläger eben wohl vor Ablauf der Pachtzeit von neuem verpachtet hat. Ausserdem auch Beklagtin sich dadurch, daß sie dem Kläger schon 6 Morgen Land Kontrakts-widrig entzogen, in nicht geringen Verdacht gesetzet, daß sie auf gleiche Weise den neuen Kontrakt einseitig aufzuheben suchet, und die Entrichtung des Weinkaufs nicht zur wesentlichen Perfection einer temporellen Güter Verpachtung erfordert wird.

Da also Beklagtin nichts erhebliches für sich anzuführen vermogt hat, so hat sie, wie geschehn, auch in die, durch diesen Proceß verursachten, Kosten verurtheilet werden müssen.

---

443. Meditation.

Bey der Erbfolge in ein, von den Eltern neu erworbenes Bauerngut, stehet keinem von den Kindern, wenn darüber nichts verordnet ist, vorzüglich ein Anerberecht zu; sondern sämmtliche Kinder haben an demselben gleiche Ansprüche und Antheile.

§. 1.

In der 326ten Meditation des 6ten Bandes, haben wir den Satz aufgestellt: daß von den neu erworbenen elterlichen Bauergütern, beym Antritt des Anerben, dessen Geschwistern eine Abfindung nach dem Werth desselben gebühre, und jener ihnen ihren Antheil davon herausgeben müsse. — Nachher ist über diesen Fall, in hiesigem Lande ein Rechtsstreit zwischen mehrern Geschwistern entstanden, den wir hier erzählen wollen.

Vorher müssen wir noch folgendes bemerken. In hiesigem Lande beruhet die Untheilbarkeit der Bauergüter, vermöge welcher sie, bey der Erbfolge in dieselbe, unter mehrerern Kindern oder Erben, durch Zerstückelung oder Trennung, nicht getheilet werden, sondern nur einem allein zufallen, auf einem alten Herkommen, und ist hierüber auch weiter kein Streit vorhanden. Ob aber bey alten in der Familie bereits vererbten,

ten, oder erst neu erworbenen Kolonaten, die Erbfolge und Abfindung der übrigen Kinder, verschieden; und wie letztere in diesem Falle vorzunehmen sey, darüber bestimmen die hiesigen Landesgesetze nichts, und existirt auch keine Observanz, welche dieserhalb zur besondern Norm dienen könnte, nur verordnet die Landesverordnung vom 12ten Dec. 1769, daß, falls neu erworbene Güter beym Kolonate vorhanden sind, die Abfindung der abzusteuernden Kinder, nach Verhältniß des Erworbenen, über die Polizeyordnungsmäßige Quantität, erhöhet werden darf. Dieses findet jedoch, bey eigenbehörigen, und dem Sterbfall unterworfenen Gütern, nach hiesiger Observanz, nur so lange statt, als die Acquisiten durch jene Prästation, dem Kolonat noch nicht einverleibet worden sind; womit auch das neuere Gesetz von 1786 die Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten betreffend *a*) im §. 4. dahin übereinstimmt, daß solches, so lange dieser Umstand nicht eingetreten ist, die Theilung der Acquisiten unter sämmtlichen Kindern verordnet.

Das Anerberecht an den Gütern, stehet in hiesigen Landen nunmehr durchgängig, dem ältesten Kinde zu, jedoch so, daß die Söhne vor den Töchtern, den Vorzug haben. Vorhin war in einigen Aemtern, namentlich in dem Amte S. das Letztgebürtsrecht eingeführet; es ist aber durch eine Landesverordnung vom 24ten Sptbr. 1782 dieses überall aufgehoben, jedoch mit Ausnah-

a) Diese Verorndung ist im 5ten Bande dieser Meditationen Seite 157 abgedruckt.

nahme der schon gebohrnen Anerben, **nicht deren Geschwister, nach dessen erfolgendem Ableben.**

§. 2. Unser Fall ist dieser: Ein Leibzuchter in dem Amte S., wo bis 1782 das Letztgeburtsrecht eingeführet war, zeugte im Jahre 1763 eine Tochter Louise, und in der Folge noch zwey Kinder, einen Sohn und eine Tochter. Im Jahr 1768 verläßt er seine Leibzucht, und adquiriret ein, bloß den Landesherrschaftlichen Prästanden unterworfenes Kolonat für eine Summe von 4500 Rthlr., woselbst er mit seiner Ehefrau noch drey Töchter, Sophie, Henriette und Amalie, zeugt, und nach dem Tode seiner Ehefrau im Jahre 1780, gleichfalls mit Hinterlassung vieler Schulden verstirbt.

Den nachgebliebenen 6 Kindern werden Vormünder angeordnet, im Jahre 1784 stirbt aber von denselben der einzige Sohn.

Welchem von den Kindern das Kolonat zugefallen, und wie es mit der Absindung der übrigen Kinder gehalten werden sollte, darüber hatten die Eltern nichts bestimmt; inzwischen wurde solches von den Vormündern administriret, und von den darauf haftenden Schulden größten Theils befreyet; welche Administration denn auch — da der von den Vormündern unterm 1ten Jauuar 1792 geschehne Vorschlag: das Kolonat zu verkaufen, und den Werth desselben unter den 5 Kindern zu gleichen Theilen zu vertheilen, durch ein von der Regierungskanzley am

29ten

29ten Merz desselben Jahres ertheiltes Decret abgeschlagen, und statt dessen die Administration des Kolonats, bis zur Großjährigkeit der jüngsten Tochter ferner verordnet worden — also fortgesetzt ist, daß das Kolonat am 20ten April 1792 auf 6 Jahre einem andern in Pacht gegeben wurde.

Am 29ten May desselben Jahres tritt die älteste Tochter Luise beym Amte S. gegen die Vormünder klagend auf, und behauptet; daß sie nach dem Tode ihres Bruders das Anerben ihres Hofes; in Gemäßheit der Landesverordnung vom 24ten Septbr. 1782, als das älteste Kind, die Anerbin von diesem Gute sey; und da sie, als schon vor einigen Jahren majorenne Person, um die Verpachtung des Hofes nicht gefragt, mithin solche nicht rechtsbeständig sey; so wollte sie ihre Ansprüche auf dieses Kolonat jetzt geltend machen. Das Amt S. gab darauf dem Antrag der Klägerin dahin rechtlichen Beyfall, daß es dieselbe vermöge Bescheides vom 27ten Julii 1792 für die Anerbin des Kolonats erklärte, und den Pächter desselben, dessen Abtretung noch vor abgelaufener Pachtzeit aufgiebet. Dieser nimmt nunmehr seinen Recurs an das Obergericht, ziehet in seinem Vortrage das Anerberecht der Klägerin völlig in Zweifel, und leugnet derselben, diesem gemäß die Befugniß, ihn vor Ablauf der Pachtzeit von dem Kolonate zu vertreiben, denunciiret den Vormündern der gedachten Kinder als seinen Verpächtern litem; welche letztere dann gerichtlich auftreten, und der Klägerin das Anerbe-

recht

recht völlig in Abrede stellen, da das Kolonat ein von den Eltern neu adquirirtes Gut sey, eine civile Theilung desselben also behaupten: daß dasselbe entweder nach vorhergegangener Taxation, einem Kinde, gegen Herausgabe des, den übrigen Kindern an dem Werthe zustehenden, Antheils eingeräumet, oder aber öffentlich verkauft, und so der Werth unter sämmtliche Kinder zu gleichen Theilen vertheilt werden müße.

§. 3. Nach gewechselten Schriften werden die Akten an die Juristen Fakultät nach Helmstädt gesandt, und wird von dieser dahin erkannt:

daß Klägerin für die Anerbin des in Frage befangenen Guts nicht zu halten *b*), sondern der untern 20ten April 1792 geschlossene Pachtkontrakt, bis zu seinem Ablauf auszuhalten, demnächst aber und wenn diese Geschwister sich wegen Uebertragung des Hofes, und Herausgabe des, einem jeden daran gebührenden gleichen Antheils in der Güte nicht vereinigen könnten, derselbe öffentlich meistbietend zu verkaufen, und das Kaufgeld unter den vorhandenen Kindern zu gleichen Theilen, nach Abzug der darauf haftenden Schulden zu vertheilen sey.

Die

b) In dem, in der 325ten Meditation des 6ten Bandes angeführten Falle, ist das Erkenntniß über das Anerberecht anders ausgefallen, und in der 326ten Meditation haben wir auch ein anders behauptet.

Die Entscheidungsgründe dieses Erkenntnisses sind kurz diese:

I. 1) Die Frage: Ob Klägerin Anerbin sey, sey die Vorfrage, von welcher ihre Befugniß auf Vernichtung des Pachtkontrakts zu dringen, abhienge;

2) jenes das Anerberecht sey der Klägerin von dem Pächter und den Vormündern streitig gemacht, folglich darüber als den Hauptgegenstand zu erkennen;

3) daß Klägerin durch das Resolut vom 27ten Jul. 1792 für die Anerbin erkannt, und die Einwendungen der Vormünder verworfen, komme hier in keinen Betracht, denn jenes sey, ohne diese zu hören ertheilet, und die Einwendungen der Vormünder, betreffe bloß die von der schwachen Leibes Beschaffenheit der Klägerin hergenommenen Einreden. Außer dem könne es den minderjährigen Kindern nicht zum Nachtheil gereichen, wenn die Vormünder, einen, jenen nachtheiligen Bescheid, hätten rechtskräftig werden lassen, oder das von der Klägerin prätendirte Anerberecht anerkannt hätten.

II. 1) Sey gewiß, daß der Hof von dem Vater der Klägerin im Jahre 1768 erworben worden, und dieser, ohne eine Disposition darüber zu machen, verstorben sey; ferner daß wenn der Vater sein und seiner Ehefrau Vermögen, nicht zum Ankauf dieses Hofes verwandt hätte, solches unter sämmt-

liche Kinder zu gleichen Theilen hätte vertheilet werden müßen. Nun folge aber

2) aus dem Rechtssatze: surrogatum sequitur naturam ejus cui surrogatur, daß sämmtliche Kinder auf den Hof gleiche Rechte und Antheile haben würden, wofern nicht etwa der Vater eine Ungleichheit verordnet, und deshalb eine Disposition gemacht, — die jedoch, da ein Vater seinen Kindern den Pflichttheil hinterlassen müsse, nur dahin hätte gehen können, daß das Kind, welches den Hof erhalten sollte, seinen Geschwistern so viel als ihr Pflichttheil beträgt, herausgeben müsse, keineswegs aber dahin, daß sich die übrigen Kinder mit der Polizeyordnungsmäßigen Abfindung begnügen müßten, indem widrigenfalls ein Vater, der eins seiner Kinder begünstigen, den übrigen aber den Pflichttheil gesetzwidrig entziehen wollte, nur ein Kolonat kaufen dürfte, um gesetzwidrig handeln zu dürfen, — oder aber ein besonderes Gesetz vorhanden sey, welches in diesem Falle einem Kinde das Erbrecht beylege, den übrigen aber eine armseelige, mit dem Pflichttheile in keinem Verhältniß stehende Abfindung zutheile.

3) Ein so unbilliges, das gemeine Recht aufhebende Gesetz werde aber nicht vermuthet, und das Primogenitur Gesetz von 1782 begünstige die Forderung der Klägerin offenbar nicht; denn dieses Gesetz schließe den

den, in der Natur der Sache liegenden, Unterschied zwischen alten und neu erworbenen Gütern nicht aus, sondern verordne nur da das Erstgeburtsrecht, wo bisher das Letztgeburtsrecht gegolten; weshalb es hier die Frage sey: Ob bey neu erworbenen Kolonaten, falls die Eltern darüber nicht disponiret, das Letztgeburtsrecht gegolten? welche Frage, aus vorgedachten Gründen, und beym Mangel eines Gesetzes zu verneinen, um so mehr

4) der §. 4. der Verordnung von 1786 die Güter Gemeinschaft unter Eheleuten betreffend, die Theilbarkeit der Adquisiten, ohne zu unterscheiden, ob solche in baarem Gelde, oder Grundgütern, oder ganzen Höfen bestanden, so lange sie noch nicht durch darüber gegangenen Sterbfall, Zubehörungen des Hofes geworden sind, verordne.

5) Die Meynung der Klägerin, daß Adquisiten, vom Kolonate durch dieses Gesetz deutlich unterschieden wären, und daraus die Untheilbarkeit der Höfe folge, sey irrig. Denn wenn man hier nicht einen Widerspruch im Gesetze finden wollte, so müße man annehmen, daß solches von alten bereits vererbten Kolonaten rede, und der Gesetzgeber entweder an den seltenen Fall, wo ein Bauer ein ganzes Kolonat erwürbe, nicht gedacht, oder diesen Fall unter der allgemeinen Bestimmung von Adquisiten begriffen habe.

6) Daraus, daß der Gesetzgeber in Absicht neu erworbener Lehngüter eine Bestimmung, wie es mit dem Werthe derselben zu halten sey, gemacht c), bey neu erworbenen Kolonaten aber nichts gesagt habe, folge kein Vortheil für der Klägerin Behauptung, sondern vielmehr dieses: daß, weil in Lehngütern der Regel nach keine Tochter succediren könne, und eine Theilbarkeit eines solchen adquisiti nicht statt finde, es ausdrücklich so verordnet sey, den Werth zur Collation zu bringen; daß aber eine solche Verordnung bey Bauergütern, welche, wenn sie noch nicht Erbgut geworden, dem Meistbietenden überlassen werden könnten, folglich solchergestalt theilbar seyen, nicht nöthig gewesen sey.

7) Da das verschuldete Kolonat, durch Wirthschaft der Vormünder, und durch das, was den Kindern in ihrer Minderjährigkeit entzogen, größtentheils wieder empor gebracht worden sey; so müßten auch alle Kinder gleichen Vortheil davon haben.

8) Aus dem gleichen Antheile der Kinder am Kolonate folge aber dessen Zerstückelung nicht; sondern eines der Kinder könne solches annehmen, und den übrigen den Werth herausgeben; oder es könne auch öffent-

c) Siehe die angezogene Verordnung wegen Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten §. 7.

öffentlich verkauft, und gleiche Vertheilung des Werths, das Auskunftsmittel seyn; indem der Staat auch keinen Nachtheil dabey leide; wenn bey neu erworbenen Gütern, ohne besondere Disposition des Adquirenten, kein Anerberecht gelte. Da nun
9) der Klägerin kein Anerberecht zustehe, so könne sie auch nicht auf die Räumung des Kolonats dringen, und wenn gleich die Vormünder, von der Abschließung des Pachtkontrakts der Klägerin hätten billig Nachricht geben sollen, so sey er deswegen nicht nichtig.

§. 4. Gegen dieses Erkenntniß interponirte die Klägerin, und führte ihre Beschwerden folgendermaaßen aus;

Wenn es wahr sey, daß alle adquisita, ausser denjenigen worüber der Sterbfall bereits gegangen, theilbar seyen, auch dann, wenn sie in einem ganzen Kolonate bestünden; so würde folgen, daß bey fehlender gesetzlicher Bestimmung des Worts Adquisiten, das Erstgeburtsrecht, der Grundsatz der Untheilbarkeit der Bauerngüter, bey freyen, keinem Sterbfall unterworfenen, Gütern, wegdisputiret werden könnte.

Die Verordnung von 1786. §. 4. rede nur von aequisitis, ohne das Wort noviter hinzuzufügen. Jener Begriff sey nicht gesetzlich bestimmt; und so gut die Enkel ein vom Großvater adquirirtes Gut, ein Adquisitum nennen

nennen könnten, eben so gut müßten sie auch auf gleiche Theilung dringen können, vorausgesetzt, daß hier von einem freyen Gute die Rede sey.

Der Grund des vorigen Referenten sey also irrig, indem man bey freyen Gütern keinen Mittelpunkt mehr habe, um das Primogeniturrecht zu behaupten. Jener habe nun zwar, um hier bey freyen Gütern keine Lücke zu lassen, ganz eigenmächtig hinzugesetzt: „daß in „so fern solche Adquisiten durch Vererbung „nicht Stammgut geworden seyen". — sie theilbar wären; allein diese Clausel stehe nicht in dem angeführten Gesetze, und ohnehin sey sie unvermögend, das Primogeniturrecht auszuschließen.

Eine solche bereits einmal geschehene Beerbung, hebe die anscheinende Unbilligkeit gegen die übrigen Kinder nicht auf. Denn gesetzt, das neu erworbene Kolonat sey 5000 Rthlr. werth und 5 Kinder vorhanden. Nach der Meynung des vorigen Referenten, habe unter denselben kein Primogeniturrecht statt; sondern jedes von diesen 5 Kindern bekomme seine 1000 Rthlr. Angenommen der 5te Sohn nehme das Kolonat gegen Auszahlung der übrigen 4000 Rthlr. an seine Geschwister, an, und verstürbe demnächst mit Hinterlassung einiger Kinder; so würde nach des Referenten Meynung das erste von diesen Kindern der Erbe seyn, folglich erst alsdenn das Primogeniturrecht eintreten. Das sey aber irrig, denn

so

so gut jene ersten 5 Kinder auf den Werth des Kolonats gleiche Ansprüche gehabt; so hätten sie auch die Kinder des letztern, und in gleichem Verhältniße würde es immer von Enkeln und Urenkeln fortgehen; folglich würde das Primogenitur Gesetz nie anwendbar seyn.

Es sey ferner irrig, wenn der vorige Referent glaube, daß sich die Geschwister der Klägerin, mit einem bloß Policeyordnungsmäßigen Brautschatz, der ungefehr 80 Rthlr. betragen würde, begnügen sollten. Denn nach der Verordnung vom 13ten Merz 1750 werde der Brautschatz nach dem Verhältniß der Adquisiten, mit Beybehaltung des Erstgeburtsrechts, erhöhet.

Der Satz, daß es alsdenn nur von den Eltern abhange ein Kolonat zu erwerben, um die übrigen Kinder in ihrem Pflichttheile zu verkürzen, beruhe in concreto auf einer falschen Hypothese; und gesetzt er sey wahr, so sey man doch nicht befugt, über den Buchstaben des indistincte redenden Gesetzes hinauszugehen.

Wenn man nun ferner annehme, der Klägerin Eltern hätten sich mit ihrem einmal angenommenenen Gelde zu 5000 Rthlr. in ein anderes Land begeben, wo in Rücksicht der Erbfolge andere Grundsätze eingetreten wären, z. B. daß das älteste Kind die Hälfte des Vermögens bekommen sollte: so würden sich die übrigen Kinder über das Wegziehen ihrer

Eltern in ein anderes Land, als wodurch dieses ihnen nachtheilige Verhältniß entstanden sey, nicht beschweren können. Eben so wenig wenn von den Eltern das Vermögen würde verzehret seyn, indem die Kinder vor dem Tode ihrer Eltern nur spem succedendi, nicht aber jura quaesita actu talia haben. Eben so würden die Rechte der Kinder in gegenwärtigem Falle, das Kolonat möge vor 3, 10 oder 20 Jahren erworben seyn, bestimmt; und wenn sich gleich Beklagte nach gemeinen Rechten, über Kränkung in dem Pflichttheil hätten beschweren können; so falle dies bey Gelegenheit dieser Primogenitur Verordnung, und der, nach Billigkeit ihnen zu erhöhenden, Abfindung weg.

Die vom vorigen Referenten aufgestellte Frage; ob bey neu erworbenen Kolonaten das Letztgeburtsrecht, ohne besondere Elterliche Disposition statt gefunden habe? entscheide sich, durch das im ganzen Lande geltende Principium der Untheilbarkeit der Güter. Dieses Pricipium liege jeder, auf Kolonate Bezug habenden, Verordnung zum Grunde, so daß nur einem das Kolonat zufalle, den übrigen aber ein Policeyordnungsmäßiger Brautschatz gegeben werde.

Die Verordnung von 1782 unterscheide bloß die Erbfolge nach dem Erst- und Letztgeburtsrecht. Eine dritte Ordnung sey nicht gedenkbar.

Die Verordnung von 1786 § 4 rede bloß von adquisitis bey eigenbehörigen Kolonaten, nicht von denen bey freyen Gütern. Ueberhaupt spreche diese Verordnung allein von einzelnen Adquisiten, nicht von ganzen Höfen, indem es gleichsam als oppositum der letztern gebraucht werde; und dieses auch deutlich daraus hervorgehe, wenn es heiße: „Falls solche „Adquisiten noch nicht Zubehörungen des Ho„fes geworden wären."

Der Gesetzgeber habe den Fall, wenn ein Bauer ein ganzes Kolonat erwerbe, deshalb nicht ausdrücklich erwähnt, weil dieser Fall schon durch das Gesetz von 1782 seine Abfindung und Bestimmung erhalten habe, sonst würde er gewiß näher bestimmt worden seyn.

Zwischen Lehn- und Bauergütern herrsche der Grundsatz der Untheilbarkeit gleich stark. Daraus, daß bey jenen im § 7 der Verordnung von 1786 die Collation des Werths bey neu erworbenen Lehngütern bestimmt sey, folge daß bey Bauergütern jeder Art nach dem eingeführten Primogenitur Gesetz, den übrigen Kindern eine bloße Abfindung gegeben werden solle. Das äußerste was hier, analogisch wie bey Lehngütern, geschehen könne, würde allenfalls dies seyn, daß das Kaufpretium gleich vertheilet, ihr der Klägerin aber der Hof eingeräumet werde, indem alsdenn doch das Primogeniturrecht mit der Untheilbarkeit gewissermaßen bestehen bliebe.

§. 5.

§. 5. Die Beklagten submittirten ohne weiter etwas vorzutragen zum Urtheil, und durch dieses wurde das vorige Erkenntniß lediglich bestätigt, aus folgenden Gründen:

1) Das zwischen alten bereits in einer Familie vererbten, und zwischen neu erworbenen Bauerhöfen, in Absicht der naturellen Untheilbarkeit derselben kein Unterschied obwalte, daran läßt sich bey der, den Bauerngütern in ganz Deutschland eignen, Verfassung nicht zweifeln, *de Selchow* Element. jur. germ. Lib. 1. Cap. 6. Sect. 1. tit. 4. §. 363. und auch in hiesigem Lande herrscht kein entgegengesetztes Verhältniß. Inzwischen ist die Untheilbarkeit selbst nicht zugleich die Quelle, woraus sich das Erstgeburtsrecht in Absicht der Erbfolge in ein solches neu erworbenes Gut herleiten läßt; sondern aus jener folgt nur, daß das Kolonat bloß von einer Person besessen werden soll. Was nun

2) die Erbfolge in ein neu erworbenes Kolonat betrift, so ist dieserhalb in hiesigem Lande weder durch Gesetz, noch durch Observanz etwas bestimmt worden. Denn weder die Policeyordnung, welche in Titel 7 die Abfindung der auszusteurenden Kinder nach Verhältniß der Größe und des Betrags des Guts vorschreibt, noch die, das Erstgeburtsrecht bey der Erbfolge, überall da, wo sonst das Letztgeburtsrecht gegolten, allgemein einführende, Verordnung

nung vom 24ten Septbr. 1782, welche beyde Gesetze von Bauergütern überhaupt reden, gedenken dieses Falls.

Nun möchte

3) es zwar scheinen, daß eben, weil diese Verordnungen, der neu erworbenen Kolonate nicht ausdrücklich erwähnen, und darüber etwas bestimmtes festsetzen, die Erbfolge in solche, von der, in alte Bauergüter, nicht verschieden sey. Allein diese Behauptung würde nicht nur den, aus bekannten bürgerlichen Gesetzen fließenden, Rechten der Kinder, sondern auch andern besondern, und der Analogie, hier im Lande geltender Grundsätze entgegen sey.

Denn wenn gleich Kinder, ihre Eltern, so lange diese am Leben sind, nicht beerben können, so haben sie doch ein eventuelles Successionsrecht auf das Vermögen derselben, und auf den gesetzmäßigen Pflichttheil ein so vollkommenes wirkliches Recht, daß dieser ihnen von den Eltern auf keine Weise, eine gütliche Enterbung ausgenommen, folglich auch nicht durch den Ankauf eines Kolonats, entzogen werden kann.

quicunque contractus et alienatio ex capite laesionis in legitima, revocari potest.

Carpzov P. 2. const. 12. def. 36.

Cangiesser Dec. Tom. 1. dec. 126. nr. 14.

und so ist auch selbst eine vom Vater vorge-

genommene Theilung seines Vermögens, wenn die Kinder dadurch am Pflichttheile verkürzt werden, ungültig.

Boehmer Decis. et consult. Resp. 667. nr. 12. 13.

Nun hatten die Kinder des verstorbenen Vaters, nemlich die bereits auf der Leibzucht gebohrnen drey ältesten Kinder, auf das Vermögen ihrer Eltern, mit welchem nachher das Kolonat adquiritet wurde, ein eventuelles gleiches Erbrecht; auf den Pflichttheil aber ein bereits vorhandenes Recht, welches ihnen so wenig durch den Ankauf des Kolonats entzogen werden konnte, als dieses vielmehr nach der Rechtsregel: surrogatum capit naturam ejus cui surrogatum est, den Gegenstand bildete, worin die bereits erzeugten, und in der Folge noch erzeugt werdenden Kinder, wenn anders die Eltern keine ungleiche oder besondere Erbfolge gesetzmäßig und gültig verordneten, wie solches aber nicht geschehen ist, zu gleichen Theilen succediren sollten. Daß

4) dieses gleiche Erbrecht, welches bey neu erworbenen Lehnen, in so fern von einer civilen Theilung die Rede ist, statt findet, auch hier bey Bauergütern gleicher Art analogisch eintreten muß,

quia pleraque rusticorum pradia feudis gemina vicinaque esse reputantur *de Selchow* l. c. §. 364.

lei-

leidet wohl keinen Zweifel, zumal da die hiesige Landesverfassung diesen Grundsatz offenbar dadurch begünstigt, daß nach der Verordnung vom 12ten Dec. 1769 die Abfindungen der ausgesteuert werdenden Kinder, wegen vorhandener Adquisiten, über das gesetzliche Quantum erhöhet, und nach der Verordnung, die Güter Gemeinschaft unter Eheleuten betreffend, von 1786 § 3, die Adquisiten, sie mögen in Grundgütern oder Kapitalien bestehen, zur civilen und respective aktuellen Theilung unter sämmtliche Kinder gezogen werden sollen.

Haben nun gleich diese Gesetze wörtlich nur einzelne, nicht ein ganzes Kolonat darstellende, Adquisiten, und die letztere Verordnung wörtlich nur solche, die zu eigenbehörigen Kolonaten erworben sind, zum Gegenstande; so muß doch eine gleiche civile Vertheilung eines ganzen, und zwar auch freyen Kolonats, nach der hier eintretenden Analogie, und der Natur der Sache — wenn nicht das Verhältniß der Kinder bey freyen Kolonaten, ohne allen Grund, und gegen alle Rechtsgrundsätze besonders hart seyn soll — gleichfalls angenommen werden.

Zwar vermeynet Klägerin und Querulantin

5) daß ihr, in Gemäßheit der Verordnung vom 24ten Septbr. 1782 als der ältesten Tochter, das Anerberecht zustehe, und ihren übrigen Geschwistern eine erhöhete Abfin-

findung gegeben werden solle. Allein wenn gleich jedes Kolonat, wie vorhin angeführet ist, nur von einer Person besessen werden darf; so folgt doch daraus bey einem neu erworbenen Kolonate — als wovon die hiesigen Landesgesetze nichts sagen — keines weges der Schluß, daß bey diesen, vor der Verordnung von 1782 gerade das Letztgeburtsrecht eintrat, oder eintreten mußte, indem ein solches Gut entweder Einem unter sämmtlichen Kindern, nach unter ihnen getroffener Uebereinkunft, gegen Herausgabe des, den übrigen am Werthe desselben zukommenden, Antheils; oder aber durch vorzunehmenden Verkauf, und Vertheilung des Werths unter sämmtliche Kinder, einem Dritten übertragen werden konnte, so daß also immer nur eine Person Besitzer desselben blieb.

Da nun Querulantin den Beweis, daß auch bey neu erworbenen Kolonaten das Letztgeburtsrecht im Amte S. vor der Verordnung von 1782 gegolten habe, nicht geführt hat; so kann letztere ihr auch keinen Vortheil gewähren; und so ist es keineswegs zu bezweifeln, daß diese Verordnung, ihrem wahren Sinne nach, nur alte, bereits in der Familie vererbte Kolonate zum Gegenstand hat, indem sie sonst mit dem vorher gedachtem Gesetze von 1786 §4, da ja auch ganze Kolonate adquiriret wer-

werden können, in Widerspruch liegen würde. Auch kann es

6) die Sache zum Vortheil der Querulantin nicht ändern, wenn sie behauptet, daß des künftigen Adquirenten Kinder oder Enkel ebenfalls auf Herausgabe der Antheile an dem von ihrem Vater oder Großvater erworbenen Gute dringen, und dasselbe immer ein novum adquisitum nennen könnten. Denn vorausgesetzt, daß es nicht immer der Fall ist, daß der neue Adquirent bereits Kinder oder Enkel hat, mithin es alsdenn bloß von seinem Willen abhängt, auf welche Art seine künftigen Kinder in das Gut succediren sollen; so würde in jenem eintretenden Falle, zumal bey einem freyen Kolonate, weder der Staat, noch ein Dritter dadurch Schaden leiden, noch das letztere dadurch etwas an seiner Eigenschaft und naturellen Untheilbarkeit verlieren; nicht zu gedenken, daß so wie bey den, zu eigenbehörigen Kolonaten erworbenen Gütern der Sterbfall solche zu Stammgütern macht, auch dafür, daß bey freyen Gütern eine bereits geschehene Vererbung derselben gleiche Wirkung erzeuge, die Analogie spricht, und dasjenige nur für neu erworbenes Gut anzusehen ist, worin sich die nächsten Erben des Adquirenten noch nicht getheilet, oder solches geerbet haben.

---

444. Meditation.

Das Anerbrecht auf Bauerngüter können die Eltern dem Anerben, nicht für sich entziehen; noch das Colonat, mit Ausschliessung des Anerben, an einen andern, bis zu ihrem Ableben, übertragen. Ein Rechtsfall darüber.

§. 1.

Auf den Bauerngütern stehet es der Regel nach, den leiblichen Eltern frey, die Wirthschaft so lange fortzusetzen, als sie derselben gehörig vorstehen können, und sie dürfen alsdenn auch nicht dazu gezwungen werden, von den Gütern auf die Leibzucht zu ziehen. In der hiesigen Policeyordnung von 1620 Titel 10 heißt es sogar: daß ein Colonus, wenn er Alters oder Leibesbeschaffenheit wegen, der Haushalt noch vorstehen kann, zu keiner Leibzucht verstattet werden soll, und dieses der Erkenntniß der Beamten, mit Zuziehung des Gutsherrn zustehe. Hingegen soll ein Stiefvater, welcher auf den Gütern sitzt, wenn der Anerbe mündig geworden ist, oder wenn die in den Ehepakten verschriebenen Meyerjahre abgelaufen sind, auf die Leibzucht zu ziehen schuldig seyn.

In Ansehung der Erbfolge in Bauerngüter, ist, wie wir in der vorhergehenden Meditation schon bemerkt haben, nunmehr allgemein das Erstgeburtsrecht in hiesigem Lande eingeführet, nachdem das bisher besonders in dem Amte S. hergebrachte Letztgeburtsrecht, durch das Gesetz vom 24ten September 1782, mit Ausnahme der schon vorhandenen Anerben, aufgehoben worden ist.

Der Rechtsfall, den wir nun erzählen wollen, ist dieser:

In jenem Amte lebte ein Colonus, welcher zwey Söhne hatte, von welchen der jüngste bereits vor jenem Gesetze gebohren, folglich der Anerbe des Colonats war.

Während der Minderjährigkeit desselben, und zwar im Jahre 1781 schließen nun dessen Eltern mit ihrem ältesten Sohne, ohne Zuziehung und Genehmigung des Amts, einen Kontrakt, nach welchem sie ihm das Colonat unter dem Beding: einer, dem jüngsten Sohne für den Abstand des Anerberechts zu zahlenden, Summe von 10 Rthlr., und zu gebenden ordnungsmäßigen Aussteuer, abzutreten, und die Leibzucht zu beziehen, versprechen; welcher Vertrag denn auch dahin erfüllt wird, daß der jüngste Sohn, oder vielmehr sein Vater, die 10 Rthlr. für ihn in Empfang nimmt, dieser nebst seiner Ehefrau die Leibzucht, und der älteste Sohn das Colonat beziehet, und solches besitzet.

Ueber die Beweggründe, die diesen Kontrakt veranlaßt haben, ist keine Gewisheit vorhanden; denn nach Angabe des Vaters, soll die Drohung eines gewissen Mannes, dessen Tochter der älteste Sohn geschwängert hatte, „er wolle „im Fall letzterer jene nicht heyrathen würde, „den Verkauf des Colonats bewirken" — nach des ältesten Sohns Behauptung aber, die schwache Gesundheit seiner Eltern, und die schlechte Verfassung des mit vielen Schulden belasteten Colonats, so, daß seine Eltern demselben nicht mehr hätten vorstehen können, diese zum Abstande des Meyerstandes vermogt haben.

Dem mag indes seyn, wie ihm wolle, der Vertrag ist, wie angegeben, geschlossen, realisiret, und es sollen zwar von dem ältesten Sohne, während seines Meyerstandes, mehrere beym Antritt des Colonats vorgefundene Schulden, wie solches auch vom Vater gerichtlich anerkannt worden ist, bezahlt; dagegen aber das Wohnhaus auf dem Colonate, durch Verschulden des ältesten Sohns in Verfall gerathen, und der Hof überhaupt nicht mehr in dem Stande befindlich seyn, wie er ihn angetreten gehabt hat.

Im Jahre 1794 tritt nunmehr der immittelst mündig gewordene jüngste Sohn bey dem Amte S. klagend auf, macht sein Anerbrecht geltend, und bittet den zwischen seinen Eltern, und seinem ältesten Bruder abgeschlossenen Kontrakt für nichtig zu erklären, oder ihn dagegen in vorigen Stand zu setzen.

Nach von beyden Theilen beschlossenem Verfahren, und geschehener Vernehmung des Vaters über das von seinem ältesten Sohne übergebene Verzeichniß, der von ihm beym Colonats Antritt vorgefundenen und angeblich bezahlten Schulden, von welchen der Vater einige als richtig anerkennet, wird von dem Amte das Erkenntniß dahin vertheilet:

daß dem Kläger das reclamirte Anerbrecht, da ihm solches in seiner Minderjährigkeit nicht habe entzogen werden können, vorzubehalten, weil solches jedoch, so lange seine Eltern am Leben, keine Rechtswirkung haben könne, und jene schuldig seyen, den mit ihrem ältesten Sohne errichteten Kontrakt zu erfüllen: so habe die Klage nicht eher, als nach erfolgtem Ableben des Klägers Eltern Statt, und werde derselbe also bis dahin damit zurück verwiesen.

§. 2. Von diesem Erkenntniß nimmt Kläger seinen Recurs an das Obergericht — dem auch der Beklagte adhäriert — und gründet seine Beschwerde in dem letzten Theile des Erkenntnisses, nach welchem er mit seiner Klage, bis zum Tode seiner Eltern zurück verwiesen sey. Dagegen führt Beklagter an:

1) Die von seinen Eltern an ihn erfolgte Abtretung des Colonats, sey mit vollem Rechte geschehn, weil jene alt und schwach, das Colonat mit vielen Schulden beladen, Kläger wegen seiner Jugend zur Rettung

desselben, und weil er sich durch Erzeugung eines unehelichen Kindes in Schulden gestürzt habe, ausser Stande, und folglich kein anders Mittel gewesen sey, als das Colonat, zur Verhütung damit es nicht in fremde Hände gerathe, ihm Beklagten zu übertragen, wozu seine Eltern denn besonders noch dadurch bewogen worden, daß er durch eine vortheilhafte Heyrath in den Stand gesetzt werde, die auf dem Colonate heftenden vielen Schulden und Prästanden, wie geschehn, abzuführen.

2) Er habe seinen Eltern die Leibzucht gehörig gegeben, und dem Kläger die 10 Rthlr. Abstandsgelder berichtigt, wodurch dieser auf das Anerbrecht Verzicht geleistet habe.

3) Die Landesverordnung von 1782 benehme dem Kläger das Anerbrecht. Das Colonat habe auf keine andere Weise, als durch die geschehene Uebertragung desselben an ihn, gerettet werden können; und gewiß würde ihm solches von Obrigkeitswegen übertragen worden seyn, wenn auch Kläger nicht freywillig darauf Verzicht geleistet hätte.

4) Jetzt könne überall die Klage nicht mehr statt haben, da ihm auch vom Amte das Colonat verschrieben worden sey.

5) So lange seine Eltern lebten, habe die Klage gar nicht statt, indem es von ihnen abhange, ob sie das Colonat selbst administriren, oder dem tüchtigsten ihrer Söhne über-

übertragen wollten; welche gewiß darauf sehen würden, daß mit demselben keine Deterioration vorgenommen werde.

Dieser habe er sich nicht schuldig gemacht, das liege ja mit den 300 Rthlr. Schulden, die er bezahlet, in Widerspruch.

§. 3. Kläger erwiederte nur darauf

1) habe Beklagter ebenfalls seine jetzige Ehefrau als Mädchen geschwängert, und daher sey die Abtretung des Colonats entstanden, indem sein Schwiegervater mit dem Verkauf des Colonats gedrohet habe.

2) Das angeführte Landesgesetz von 1782 lasse den bereits gebohrnen Anerben ihre Rechte, könne ihm also nicht schaden.

3) Sey er bereit dem Beklagten, alles was er erweislich zum Besten des Colonats verwandt habe, zu erstatten.

4) Seine Eltern wollten auch, wenn er Kläger obsiegte, auf der Leibzucht verbleiben, und das Colonat nicht wieder administriren.

§. 4. Hierauf erfolgte folgendes Urtheil: daß das Erkenntniß des Amts S., was die Aufhebung des, zwischen den Eltern des Beklagten und Recursen, und diesem geschlossenen, Abstandsrechts betrift, zu bestättigen; dahingegen der übrige Inhalt dieses Erkenntnisses dahin abzuändern, daß Recurse, nach nunmehr eingetretener Großjährigkeit des

Klä-

Klägers und Recurrenten, jetzt zur Abtretung des Colonats an denselben — nach zuvor von letzteren ihm erstatteten erweislichen Meliorationen, und von ihm bezahlten, auf dem Colonate gehaftet habenden, Schulden, als worüber bey dem Amte S. Liquidation vorzunehmen — verbunden sey.

Entscheidungsgründe:

1) Daß der zwischen den Eltern des Recursen und diesem, während der Minderjährigkeit des Recurrenten als Anerben des Colonats getroffene Abstands-Vertrag, die Rechte des letztern nicht aufheben, und zu dessen Nachtheil nicht gelten kann, beruhet auf klarer Vorschrift der Gesetze; und eben so bekannt ist es, daß man einem Anerben, wozu sich Recurrent in gegenwärtigem Falle selbst nach deutlicher Vorschrift der Landesverordnung vom 24ten Septemb. 1782 §. 1. allerdings qualificiret, aus vorhandenen wichtigen Ursachen der Unfähigkeit, oder aus sonstigen Gründen, das Anerbrecht entzogen, und einem andern Kinde beygelegt werden soll, dieß nach, von der Obrigkeit zuvor geschehener Untersuchung, und hinzugetretener Bewilligung nur gültig geschehn kann, wie solches hier im Lande nach dem Inhalt jener Verordnung hergebracht ist.

Daß nun ein solches gesetzmäßiges Verfahren, bey dem in Frage seyenden Abstands-Contrakt beachtet worden, ergiebt

giebt sich keinesweges, weshalb denn dieser auch keine Gültigkeit haben kann. Was nun

2) die Frage: ob dem Recurrenten der Besitz und Genuß des Colonats, bis zum erfolgten Tode seiner Eltern, rechtlich vorenthalten, und dem Recursen bis dahin belassen werden könne? betrift: so ist dieselbe ebenfalls zu verneinen.

Denn die hiesige Policeyordnung von 1620 verordnet im Titel 10, daß ein Colonus, wenn er Alters und Gesundheitswegen, den Haushalt noch vorstehen kann, die Leibzucht nicht beziehen, und das Amt mit Zuziehung des Gutsherrn darüber erkennen soll.

Hieraus folgt nun zwar, daß wenn auch der Anerbe die Mündigkeit erlangt hat, derselbe doch, so lange seine leiblichen Eltern dem Colonate vorstehen können, dessen Genus und Verwaltung nicht verlangen, folglich den Rechten der Eltern keine Grenzen setzen kann; dagegen sind diese aber, wenn Alter und Schwachheit ihnen die Fortsetzung der Haushaltung nicht mehr verstattet, nicht befugt, das Colonat auf die ihnen noch übrig seyende Lebenszeit, einem Dritten zu übertragen, und den Anerben bis zu ihrem Tode davon auszuschließen; indem dessen, im vorgedachtem Falle des Unvermögens der Eltern eintretendes, Recht auf den Besitz des Co-

Colonats, auf der hier im Lande bey Bauergütern herrschenden Verfassung, nicht aber auf der willkührlichen, und ohne obrigkeitliche Genehmigung vorgenommenen, Disposition der Eltern beruhet; welchen zwar im §. 1. Tit. 10. der angeführten Policeyordnung, vor den Stiefvätern der Vorzug, daß sie, nicht wie diese, nur bis zur Mündigkeit des Anerben, oder bis zum Ablauf der in den Ehepakten ihnen verschriebenen Jahre, sondern bis zum herannahenden Alter und Leibesschwachheit des Colonat verwalten sollen, belassen; nicht aber das Recht, den Anerben bis zu ihrem Ableben, vom Colonate auszuschliessen, beygelegt worden ist; welches Recht auch offenbar zu des erstern Nachtheil gereichen, und zu vielen Mißbräuchen Veranlassung geben würde.

Daß indeß Recurrent zur Erstattung der, auf das Colonat, vom Recursen verwandten Meliorationen, und von ihm bezahlten, darauf gehafteten Elterlichen Schulden, ehe und bevor ihm das Colonat abzutreten, verbunden sey, ist eine aus den Rechten fließende Folge, und ist zuvor noch, da der Vater beyder Theile, die in der von Recursen als bezahlt aufgeführten Posten, nicht alle als richtig eingestehet, eine ordnungsmäßige Liquidation derselben, unter beyden Theilen nothwendig.

§. 5. Gegen obiges Erkenntniß interponirte Beklagter und Recurse die querela nullitatis, es wurde aber dasselbe auch in dieser Instanz, aus folgenden Gründen bestätigt:

Nach der landesherrlichen Verordnung vom 24ten Septemb. 1782 soll, wenn der Anerbe zur Colonats Antretung und Verwaltung ganz unfähig ist, oder auch sonst Mangel an Einsicht und Willen dazu zeigt, solche Unfähigkeit in Beyseyn der Eltern oder Vormünder, auch nach Befinden der nächsten Verwandten, am Amte genau untersucht, und dann das darüber abgehaltene Protokoll zur endlichen Entscheidung, der Regierung eingeschickt worden. Alles das ist bey der in Frage stehenden Uebertragung des Anerbrechts auf den Beklagten und Querulanten nicht beobachtet, solche demnach deswegen, ja selbst auch schon nach gemeinen Rechten, für null und nichtig anzusehen; indem, wenn gleich Querelat darin gewilligt hätte, dennoch dieser Abstand für eine alienationem juris, impuberi intuitu praedii colonarii ex lege quaesiti zu halten wäre, welche so wenig von dem, zur Zeit des anmaslichen Vertrags, kaum aus der Kindheit getretenen Anerben, als einseitig, ohne Vorwissen und Genehmigung der Obrigkeit, von den Eltern geschehn mögen. Hätte nun auch derselbe die auf 10 Rthlr. bestimmte Abfindungssumme angenommen; so wurde ihm dennoch dieses Faktum nicht entgegen stehen, oder irgend einen Nachtheil für ihn wirken, weil die Nichtigkeit der Entsagung, und der Veräusserung

rung eines, einem Minderjährigen zustehenden Rechts, wohl durch desselben eigene, nach erhaltener Großjährigkeit, nicht aber durch eine während der Minderjährigkeit von ihm erfolgte Genehmigung, wegen der, derselben gleichfalls anklebenden Nichtigkeit, gebessert werden kann;

L. 1. et 3. C. Si major fact. alien. fact.

mithin dem Querulanten in diesem Falle nur bevor bleibt, von dem Anerben dasjenige, was er für den nichtigen Abstand erhalten hat, zurück zu fordern.

Trat. Becmannorum Conf. et Decif. Tom. 1. Resp. 6. pag. 106 seqq.

Nun kann zwar die auf irgend eine erhebliche Art sich äussernde Unfähigkeit der Eltern, der Wirthschaft ferner vorzustehen, ihren Abtritt und die Beziehung der Leibzucht nothwendig machen, wenn gleich dem minderjährigen Anerben die Verwaltung des Hofes nicht gleich anvertrauet werden könnte;

Christ. Lud. Runde von der Interims Wirthschaft auf deutschen Bauerngütern §. 31. S. 119.

allein dieses Leibzuchtsbeziehen erfordert nach dem §. 6. der Leibzuchtsverordnung vom 6ten Febr. 1781 die, hier gleichfalls ermangelnde, Obrigkeitliche Untersuchung und Genehmigung, weshalb denn Querulant, wäre ihm auch, wie doch geschehn, kein Erb- und Eigenthumsrecht, sondern nur Interims Wirthschaft übertragen, durchaus keinen gegründeten Anspruch auf Fortsetzung seines, in jedem Betrachte nichtig erhaltenen,

tenen, Besitzes des Colonats machen kann, sondern dieses vielmehr dem jetzt großjährigen Anerben gegen Erstattung erweislicher Meliorationen und bezahlter Schulden überlassen, seine sonstige Entschädigungs Ansprüche hingegen, gegen denjenigen, mit dem er pasciscirte, geltend zu machen suchen muß.

Weil nun hiernach Querulant überall keinen Grund hatte, über das vorige Urtheil Beschwerde zu führen; so ist derselbe auch billig in die Kosten dieser Instanz verurtheilet.

---

445. Meditation.

Wenn von Bauergütern der Brautschatz wegen vorhandener Adquisiten erhöhet wird, so müssen diese in dem Eheverschreibungs-Protokoll bestimmt angegeben und bewahrheitet werden.

§. 1.

In der hiesigen Policeyordnung von 1620 ist im §. 3. des 7ten Titels wegen Auslobung und Verschreibung der Brautschätze von Bauerngütern verordnet: daß ein gemeiner Meyer, der mehr als ein Kind auszustatten hat, nicht über 100 Rthlr. und 5 Stück Vieh, ein Halbmeyer nicht über 80 Rthlr. und 4 Stück Vieh, ein Großkötter nicht über 50 Rthlr. und 2 Stück

2 Stück Vieh verschreiben lassen soll, und was dawider gehandelt ist, soll cassiret, null und nichtig seyn, und an keinem Gerichte darüber gesprochen werden. Ferner ist in der **Verordnung vom 12ten December 1769** festgesetzt: daß, wenn wegen vorhandener Adquisiten der zu verschreibende Brautschatz, höher als Policeyordnungsmässig beredet seyn sollte, jedesmal die zu bewahrheitenden Adquisiten, als den Grund der Brautschatz Erhöhung, specifice in die Eheverschreibung eingerückt werden soll.

Vorsichtig, und auch diesem letztern Gesetze angemessen, ist es daher von dem Beamten gehandelt, wenn er in die Eheverschreibung der Bauern nicht nur allgemein setzt, daß von den vorhandenen Adquisiten so und so viel verschrieben werde; sondern daß er auch die Adquisiten, von welchen die Abfindung gegeben wird, genau und bestimmt angiebt. Thut er das nicht, so kann er leicht unter den nächsten Verwandten verdrüßliche Processe veranlassen, welche für einen Beamten um so unangenehmer seyn müssen, weil er eigentlich selbst Gelegenheit dazu gegeben hat. Folgender Fall wird dies näher zeigen.

§. 2. In der an einem gewissen Amte errichteten Eheverschreibung wird unter andern, der Wittwe des verstorbenen Halbmeyers N. welche als Stiefmutter der Anerbin bisher dem Colonate vorstand, die halbe Leibzucht mit beträchtlichen Utilitäten deswegen bewilligt, weil,

wie das Eheverschreibungsprotokoll sagt, ihr verstorbener Ehemann und sie selbst, dem Colonate sehr gut vorgestanden, und die nach geendigten Elocations Jahren gebliebenen Schulden, bis auf 80 Rthlr. nach ihrer eigenen Angabe, bezahlet hat.

Die leibliche Tochter dieser Wittwe, Halbschwester der Anerbin, heyrathet auf ein anderes Colonat, und ist derselben, ausser den Naturalien, ein Brautschatz zu 70 Rthlr., und von den Acquisiten 50 Rthlr. verschrieben worden. Diese 50 Rthlr. nebst 20 Rthlr. von jenen 70 Rthlr. sind von dem Ehemanne der gewesenen Anerbin bereits bezahlt, und über die noch rückständigen 50 Rthlr entstehet die Klage.

Der Beklagte, nunmehriger Besitzer des Halbmeyerguts N., sucht durch folgende Gründe die Zahlungspflicht dieser 50 Rthlr. von sich abzulehnen:

1) Habe des Klägers Ehefrau bey ihrer Verheyratung, ausser dem Brautwagen und den Naturalien, 200 Rthlr. baar erhalten.
2) Habe die Leibzüchterin in dem Eheprotokoll nur einen Schulden Rückstand von 80 Rthlr. angegeben, und müßte dieselbe also für die jetzige neue Forderung haften.
3) Habe die Leibzüchterin alle auf dem Hofe erworbenen Baarschaften mit sich genommen, ohne seiner Ehefrau davon etwas zufließen zu lassen, und sey überdem das Meyerhaus in verfallenem Stande.

Klä-

Kläger beziehet sich dagegen auf sein Eheverschreibungsprotokoll, nach welchem seine Forderung gegründet sey. Leugnet auch, auf

1) des Beklagtens Angabe, mit dem Beyfügen, daß die Mutter während ihrer Meyerjahre berechtigt gewesen sey, seiner Ehefrau aus baaren Mitteln etwas zu schenken.
2) Hätten die erst jetzt fälligen Brautschatz-Termine, bey jener Eheverschreibung als Schulden um so weniger zum Ansatz kommen können, da in derselben wörtlich gesetzt sey, daß von den aus der Elocation gebliebenen Schulden, 80 Rthlr. unberichtigt wären.
3) Dies brauche er, weil es ihn nicht angehe, nicht zu beantworten.

Hierauf verurtheilte das Amt den Beklagten, mit Verwerfung seiner Einreden, zum eingeklagten terminlichen Abtrag der 50 Rthlr.; von welchem Erkenntnisse der Beklagte seinen Recurs an das Obergericht nimmt.

§. 3. In der Recursklage und den weitern Verhandlungen führt Beklagter und Recurrent an:

Im Eheprotokolle wären die gesammten Schulden des Colonats auf 80 Rthlr. bestimmt, und der Stiefmutter seiner Ehefrau, die halbe Leibzucht wegen guter Wirthschaft bewilligt. Es hätten sich indessen noch mehrere Gläubiger gemeldet, und unter diesen auch der Kläger.

Ob-

Obwohl er nun angezeigt, daß derselbe ausser dem Brautwagen und den Naturalien, bereits 200 Rthlr. baar erhalten: so habe doch das Amt, welches ihm den Beweis hierüber nachlassen müssen, darauf nicht geachtet, sondern ihn gerade weg condemniret. Eventualiter wolle er diesen Beweis, mittelst Eydesdelation antreten, worauf sich Kläger und dessen Ehefrau bestimmt in Rücksicht jenes Empfangs erklären müßten. Es werde sich dann zeigen, ob nicht Kläger das indebite Empfangene restituiren müsse, statt etwas von ihm zu bekommen.

Diese Eydeszuschiebung finde hier allerdings Statt. Denn jeder neue Besitzer eines Colonats, könne demjenigen, der eine Forderung mache, die Einrede jam habes, quod petis eben so gut entgegen setzen, wie der Vorgänger im Colonate es thun mögen, wenn er solche selbst schon berichtigt.

Die befragte schon ausbezahlte Summe rühre freylich von der Mutter, jedoch in so fern her, als sie Besitzerin des Colonats gewesen sey, was er jetzt besitze.

Die Leibzuchts Bewilligung geschehe nur dann, wenn die Aufkünfte zum Besten des Colonats verwendet wären. Letzteres sey durch die Schenkung nicht geschehn. Und dann sey auch das, wegen Erhöhung des Brautschatzes, in der Verordnung vom 12ten December 1769 (S. den §. 1.) vorgeschriebene Verfahren nicht beachtet.

Kläger und Recurse erwiederte: Es habe Beklagter einmal die Richtigkeit seiner Forderung anerkannt; und der Vorwand, daß seine Ehefrau bereits 200 Rthlr. empfangen habe, verdiene keine Erwägung; auch finde die intendirte Compensation, mit einer auf gerichtlicher Urkunde begründeten privilegirten Forderung nicht Statt. Jener reconveniendo gebildete Anspruch, werde von ihm gänzlich geleugnet, enthalte überdem auch ein debitum tertii, da die angeblichen 200 Rthlr. nicht von Beklagten, sondern von der leiblichen Mutter seiner des Klägers Ehefrau hergegeben seyn sollten, an welchen, jenem nicht das mindeste Recht zustehe.

Mit Recht habe demnach das Amt die Sache zum executiv Processe eingeleitet, und, damit nicht kompatible Einreden verworfen.

Die Leibzüchterin habe über die Aufkünfte des Hofes, und über die durch ihren Fleiß erworbenen Baarschaften disponiren können, und sey er Kläger nicht verpflichtet, sich die ihm von dritten Personen angeblich gemachten Schenkungen auf den seiner Ehefrau bestimmten Brautschatz anrechnen zu lassen. Dieser müsse aus dem Erbgute berichtigt werden, und falle dem Besitzer des Hofes zur Last, da nach deutschen Rechten der Brautschatz der Bauern eine Abfindung des, ihnen an den Gütern zustehenden, Erbtheils sey.

Struben Theil 3. Bedenken 18.

Pufendorf Tom. 2. Obs. 33. p. 128.

Ueber-

Ueberhaupt aber könnten während der Ehe geschenkte Güter nie als Brautschatzgüter angesehn werden.

Leyser Sp. 302. Med. 5.

Pufendorf P. 1. Obs. 206. §. 14.

Was das Landesgesetz von Erhöhung des Brautschatzes sage, beziehe sich bloß auf adquisita immobilia, nicht aber auf Mobilien und Kapitalien.

Die Eydesdelation, welche ohnehin in der ersten Instanz nicht geschehen, bleibe auch hier immer noch unzulässig, weil das Verfahren darüber gegen ein klares Eheprotokoll, den Regeln des executiv Processes zuwider, zu Weitläuftigkeiten führen würde.

§. 4. In dem hierauf ertheilten Bescheide, wurde mit Aufhebung des Amts Erkenntnisses, Beklagter und Recurrent, von der gegen ihn angestellten Klage, insofern solche den, aus dem Eheverschreibungs-Protokolle geforderten Brautschatz-Rückstand zu 50 Rthlr. in baarem Gelde betrift, lediglich entbunden; im übrigen aber Kläger und Recurse nebst seiner Ehefrau schuldig erkannt, auf den von Beklagten und Recurrenten ihnen deferirten Eyd sich in einer Frist von 4 Wochen gehörig einzulassen.

Entscheidungsgründe:

Denn obgleich Beklagter und Recurrent die Existenz des am Amte errichteten Eheprotokolls, wornach der, der Ehefrau des Klägers und Recursen verschriebene Brautschatz in baarem Gelde

auf 70 Rthlr., und von den Adquisiten auf 50 Rthlr., nebst verschiedenen Naturalien festgesetzt ist, anerkannt hat: so folgt daraus doch nicht ein unbedingtes Anerkenntniß seiner Zahlungs Pflicht, und Enthörung desselben, in Rücksicht der von ihm vorgebrachten Einreden, oder Verweisung damit zum besondern Verfahren. Zwar giebt das Amt der Leibzüchterin das Zeugniß einer pflichtmässigen Bewirthschaftung des von ihr administrirten Colonats, und eignet ihr deswegen auch den Genuß der halben Leibzucht zu, setzt aber doch selbst im Eheverschreibungsprotokoll, daß von der, nach geendigter Elokation des Colonats, vorhanden gewesenen Schulden, damals noch die Summe von 80 Rthlr. zurück geblieben, mithin die Tilgung derselben von dem aufs Colonat sich verheyrathenden jetzigen Recurrenten zu übernehmen sey. Schon in dieser Beziehung ist es auffallend, wie der Ehefrau des Recursen, von den Adquisiten eine Summe von 50 Rthlr., unter Genehmigung des Amts, verschrieben werden mögen, da noch der, auf die Policey-Ordnung sich ohnehin schon gründenden, Verordnung vom 12ten December 1769, dann, wenn wegen vorhandenen Adquisiten, der zu verschreibende Brautschatz höher als Policeyordnungsmässig beredet wird, jedesmal die zu bewahrheitenden Adquisiten, als der Grund der Brautschatzerhöhung, in die Eheverschreibung eingerückt werden sollen. Letzteres ist im vorliegenden Falle, nicht nur gar nicht geschehn, sondern

dern im Gegentheil ein Schulden Rückstand von 80 Rthlr. aufgeführet.

Hatte nun gleich die jetzige Leibzüchterin den Niesbrauch des ihr anvertraueten Colonats; so lag es doch in ihrer Pflicht, die Aufkünfte desselben, insofern sie einen Ueberschuß auslieferten, vor allen Dingen auf die Bezahlung der Schulden zu verwenden; indem nach dem §. 2. der Leibzuchtsordnung vom 30ten Junii 1781 die Stiefeltern nur dann mit dem vollen Genusse der Leibzucht belohnt werden, wenn sie ihr Eingebrachtes zum Nutzen des Colonats verwendet, und dann solches auch überdem noch gut verwaltet haben, zu welcher guten Verwaltung denn unstreitig die Bezahlung, der auf dem Colonate haftenden Schulden, aus dem Vermögen der Einkünfte gehöret.

Das will auch die landesherrliche Verordnung wegen der Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten vom 27ten Merz 1786, da sie nach dem §. 4. bey Bauern, wenn der längst lebende Ehegatte zur Zweyten Ehe schreitet, zwar die Theilung der Errungenschaft, jedoch nicht anders, als nach vorherigen Abzug der Schulden, gestattet.

Da nun in vorliegendem Falle überall keine Nachweisung, daß Adquisiten vorhanden gewesen, geschehn, der gesetzmässige Brautschatz mit 70 Rthlr. hingegen bereits bezahlt ist, die Policeyordnung aber im §. 3. des 7ten Titels alles, was über das bestimmte Quantum verschrieben wird, für null und nichtig erkläret, und daß

darüber an keinem Gerichte gesprochen werden solle, befiehlet: so hat in dieser Hinsicht das Amtliche Dekret reformiret, und Recurrent von der ihm angesonnenen Nachzahlung des Brautschatz-Rückstandes zu 50 Rthlr. pure absolviret werden müssen.

Was nun die fernere Einrede des Recurrenten betrift: es habe die Ehefrau des Recursen, ausser dem Brautwagen und den Naturalien, statt der angegebenen Summe von 70 Rthlr., baar bey ihrer Verheyrathung 200 Rthlr. empfangen; so finden die vorangeführten Gründe auch hier ihre Anwendung, und sind Recurse und dessen Ehefrau, auf den über dieses Faktum ihnen deferirten Eyd sich einzulassen rechtlich verbunden, indem

1) die Schwiegermutter des Recursen, jetzige Leibzüchterin, in keiner andern Qualität, als nur vermöge der ihr anvertraueten Administration des Colonats, die aus diesem Colonate gehenden Brautschätze ausloben und entrichten konnte, in diesem Verhältniß also als eine dritte Person nicht anzusehen war,

solutio enim a mandatariis et administratoribus facta, ex bonis alienis principalis, nempe debitoris, nec propriis facta praesumenda est.

Cramer observ. jur. univ. Tom. 4. Obs. 1016.

weshalb denn auch

2) die

2) die von derselben angeblich schon verfügte Bezahlung, von Recurrenten opponiret und zur Compensation gebracht werden kann, da es den Rechten allerdings gemäß ist;

quod ab arbitrio judicis pendeat, an quandoque pro ratione circumstantiarum in illiquidis compensationem admittere velit, si eam nimirum multis ambagibus haud inodatam deprehendat, sed facilem ejus exitum praevideat

L. fin §. 1. ff. de compens. ibique Gothofredus

in effectu enim pro liquido habetur, quod in promtu liquidari potest

Mevius. P. 3. dec. 368. Nr. 7. P. 5. dec. 133. P. 6. dec. 234.

hier aber der Grund oder Ungrund der vorgeschützten Zahlung, durch die geschehene Eydeszuschiebung, welche als eine probatio in continenti liquida anzusehen ist,

Leyser Sp. 135. Med. 2.

erforscht werden kann.

---

446. Meditation.

Ein Schuldner, der an den, von Gerichtswegen gegen ihn zur Execution angeordneten Commissarius, seine Schuld, oder einen Theil derselben bezahlt, wird von weiterer Anforderung des Bezahlten frey, wenn dieser nachher nicht zahlungsfähig ist.

§. 1.

Die Frage: Ob ein Gläubiger seine ausgeklagte Forderung, welche sein Schuldner an den zur Executions Vollziehung committirten Beamten bezahlt hat, nochmals von jenem zu fordern berechtigt sey, wenn dieser die erhobenen Gelder untergeschlagen hat, und nicht mehr zahlungsfähig ist: kam zwischen einem Gläubiger und Schuldner zur gerichtlichen Untersuchung.

Dieser war seinem Gläubiger aus einer Schuld- und Pfandverschreibung 100 Rthlr. schuldig, welche nach dem, beym Amte abgeschlossenen Vergleiche, in zwey Terminen jedes Jahr mit 50 Rthlr. bezahlt werden mußten. Weil nun der Schuldner den ersten Termin in der festgesetzten Zeit nicht berichtigte, und das Amt die nachgesuchte Rechtshülfe verzögerte, auch

auch nunmehr schon der zweyte Termin fällig geworden war; beschwerte sich der Gläubiger darüber bey dem Obergerichte, welches verordnete, daß das Amt die verglichene Forderung von dem Schuldner beytreiben, und an den Kläger auszahlen solle.

Die Beytreibung des ersten Termins von 50 Rthlr. war nun zwar geschehn, der Beamte aber hatte diese Gelder an den Gläubiger nicht ausbezahlet, und weil jener in der Zwischenzeit seines Dienstes entsetzt, und nicht mehr zahlungsfähig war, so meldete sich der Gläubiger wieder bey dem Obergerichte, und verlangte von seinem Schuldner die Bezahlung dieser, von dem Beamten untergeschlagenen, 50 Rthlr.; weil einmal nicht dieser, sondern jener sein Schuldner sey, und fürs zweyte der Beklagte darunter gefehlet, daß er an den Beamten, welcher zur Beytreibung der ganzen Schuld, den Auftrag gehabt, gegen den Inhalt des Commissoriums, nur einen Theil davon bezahlt habe.

Der Beklagte wollte sich aber zur nochmaligen Bezahlung dieser von dem Beamten untergeschlagenen 50 Rthlr. nicht verstehen, und erwiederte dagegen: Es sey auf Klägers Nachsuchen dem Beamten die Execution gegen ihn aufgetragen, und dabey befohlen worden, die zur Execution stehenden Gelder zu erheben und an Klägern abzuliefern. Da er nun jenem, 50 Rthlr. abschläglich bezahlt habe, so sey er dadurch in Rücksicht dieser Summe von der Bezahlung befreyet worden, und müsse sich Kläger nun-

nunmehr an diesen Beamten halten, weil ihm keine doppelte Zahlungs-Verbindlichkeit auferlegt werden könnte; und falls derselbe zur Wiederbezahlung nicht vermögend sey, müsse sich Kläger an das Dicasterium wenden, welches diesen Mann zum Beamten bestellt habe. Wenn nun ferner dieser Beamte als Commissarius etwa durch Annehmung einer abschläglichen Bezahlunng gefehlet, so müsse sich Kläger auch in diesem Falle an jener halten, weil derselbe als sein Mandatarius anzusehen sey.

§. 2. In dem hierauf ertheilten Bescheide, wurde der Beklagte von nochmaliger Bezahlung, der auf Abschlag seiner Schuld, an den dimittirten Beamten bezahlten 50 Rthlr. freygesprochen.

Die Zweifels-. und Entscheidungsgründe dieses Erkenntnisses lauteten so:

Kläger hat zwar zu behaupten gesucht, daß Beklagter in Ansehung der 50 Rthlr. sein Schuldner geblieben sey, welche derselbe vermöge beygebrachter Quitung, an den gegen ihn ernannten Commissarius executionis auf Abschlag des debiti exequendi ausbezahlet hat, und die an ihn nicht abgeliefert, sondern von dem Commissario executionis zurück behalten und untergeschlagen worden sind, weil nicht dieser, von welchem ohnehin nichts zu erwarten stehe, sondern Beklagter diese Schuld von ihm contrahiret habe; und derselbe auch darin gefehlet, daß er damals nicht die ganze Schuld von 100

Rthlr.

Rthlr. bezahlet hätte, wie er zu thun schuldig gewesen wäre, auch der Beamte nicht zur Annehmung einer abschläglichen Bezahlung, sondern zur Beytreibung, Empfangnehmung und Ablieferung der gesammten Schuld committirt worden sey.

Dennoch aber, da eine jede Bezahlung des Schuldners, welche derselbe an den von Gerichtswegen gegen ihn zur Execution verordneten Commissarius verfüget, den effectum liberationis hat

Lauterbach Colleg. theor. pr. Lib. 46. Tit. 3. §. 11. in fine

und dem Schuldner, welcher sich auf die Art entweder zum Theil, oder ganz von seiner Schuld frey gemacht hat, die Treulosigkeit eines im öffentlichen Amte stehenden, und vom Obergerichte zur Execution committirten Landesbedienten nicht beygemessen werden kann, so hat auch dem Beklagten die nochmalige Bezahlung, der von dem committirten Beamten untergeschlagenen 50 Rthlr. nicht auferlegt werden können, sondern Kläger, welcher um die, auf jenen Beamten erkannte Executions Commission nachgesucht hat, muß entweder von diesem seine Schadloshaltung suchen, oder aber, wenn er vermeynet, daß dieses in Rücksicht der jetzigen Umstände desselben, vergeblich seyn würde, sich deshalb gehörigen Orts verwenden.

447.

447. Meditation.

Wenn ein Schuldner in seiner Schuldverschreibung 5 Procent Zinsen versprochen, sich aber nachher auf eine terminliche Bezahlung und geringere Zinsen verglichen hat, und diese Termine nicht einhält, so muß er auch nachher die zuerst versprochenen Zinsen bezahlen.

§. 1.

In dem, in voriger Meditation erzehlten Rechtsstreite, waren beyde Theile auch wegen Bezahlung des Zinsen Quantums nicht einig. Der Schuldner hatte nemlich in seiner unterm 23ten Februar 1783 ausgestellten Schuld- und Pfandverschreibung sich mit dem Gläubiger verglichen, und demselben versprochen: daß er ihm die Halbschied der Schuld zu 50 Rthlr. Jacobi 1783 und die übrige Halbschied von 50 Rthlr. Jacobi 1784 letztere nebst landüblichen Zinsen bezahlen, und zur Hypothek eine gewisse benannte Wiese bestellen wolle. In dem nachher beym Gerichte am 11ten May 1784 wegen Bezahlung dieser Schuld abgeschlossenen Vergleiche war verabredet, daß der Beklagte die eine Halbschied der Schuld, nebst $2\frac{1}{2}$ Procent Verzugszinsen vom Ganzen, auf Jacobi, und die an-

andere Halbschied auf Martini 1784 ohne die geringste weitere Einwendung bezahlen solle.

Da nun auch dieser Vergleich nicht eingehalten, und nach vorher angestellter Klage, der erste Termin von 50 Rthlr. erst den 1ten Jenner 1785 an den zur Executions Vollziehung angeordneten Commissarius bezahlt wurde, verlangte der Kläger die landüblichen Verzugszinsen vom ganzen Capital von Zeit der ausgestellten Schuldverschreibung; weil die in dem letztern, beym Gerichte abgeschlossenen, Vergleiche stipulirten 2½ Procent Zinsen nur auf den Fall zu verstehen wären, wenn Beklagter zu der Zeit promte Bezahlung würde geleistet haben. Dies sey aber nicht geschehen, und so träte offenbar die Reichsconstitutionsmässige Zinsforderung ex mora von seiner ganzen Schuldforderung ein.

Der Beklagte wollte sich aber zur Bezahlung dieser Zinsen nicht verstehen; sondern bezog sich auf den letztern Vergleich.

§. 2. In dem hierauf ertheilten Bescheide, wurde Beklagter schuldig erkannt, dem Kläger von der einen Halbschied der gegen ihn eingeklagten 50 Rthlr., die Zinsen zu 5 Procent von Jacobi 1783 bis zum 1ten Jenner 1785, und gleiche Zinsen von der andern Halbschied zu 50 Rthlr, von Zeit der ausgestellten Schuldverschreibung als den 23ten Februar 1783, bis zur geschehenen Bezahlung dieses Theils der Hauptforderung, zu bezahlen, aus folgenden Gründen.

Es

Es scheinet zwar, als wenn Beklagter nicht schuldig sey, dem Kläger die verlangten Zinsen zu 5 Procent von seiner Schuld zu bezahlen, weil er, in dem, zu seinem Nutzen bey dem Gerichte am 11ten May 1784 mit ihm getroffenen Vergleiche, von dem Inhalte der demselben ausgestellten Schuld- und Pfandverschreibung vom 23ten Februar 1783 abgegangen sey, und in diesem Vergleiche nur 2½ Procent Zinsen von der ganzen Schuld verlangt habe, auch darnach die ergangenen commissoria executionis erkannt worden. Da aber Beklagter in der ausgestellten Schuldverschreibung die Bezahlung der einen Halbschied seiner Schuld auf Jacobi 1783 festgesetzet, und von der andern Halbschied, welche Jacobi 1784 bezahlt werden sollen, dem Kläger ausdrücklich landübliche Zinsen a dato obligationis stipuliret hat; Kläger aber in dem nachherigen Vergleiche, worin eine andere terminliche Bezahlung accordiret worden, mit dem Bedinge sich zu den 2½ Procent Zinsen verstanden, wenn in diesen accordirten Terminen die Hauptschuld prompt und richtig abgetragen werden würde; hingegen Beklagter die verglichenen Zahlungstermine nicht gehalten, wodurch die Forderung des Klägers wieder in den vorigen Stand zurück getreten ist, worin dieselbe vor dem Vergleiche von 11ten May 1784 gewesen,

L. 14. C. de transact.

L. 21. C. de pactis.

und in den nachherigen Executions Erkenntnissen,

zur

zur Erleichterung des Beklagtens, die Zinsen theils nur nach dem Vergleiche angenommen, theils auch auf die vor dem Vergleiche ex mora verfallenen Zinsen nicht erkannt worden, weil zu der Zeit die eigentliche wahre Zinsenforderung nicht so, wie jetzt, zur Contestation gekommen; so ist auch Beklagter unter diesen Umständen schuldig, dem Kläger die eine, Jacobi 1783 fällig gewesene, Halbschied der Schuld, bis zu der am 1sten Jenner 1785 verfügten abschläglichen Bezahlung, von Jacobi 1783 mit 5 Procent ex mora zu verzinsen, und von der andern Halbschied der Schuld ebenfalls die Zinsen zu 5 Procent a dato obligationis als dem 23ten Febr. 1783 bis zur geschehenen Berichtigung des Kapitals, ex stipulatione abzutragen.

---

448. Meditation.

Unter dem Ausdrucke proxime in gerichtlichen Bescheiden, wird nicht immer der nächste Gerichtstag verstanden.

§. 1.

In einem Bescheide wurde dem Kläger, welcher ein, angeblich von seinen Vorfahren, vor geraumen Jahren verpfändetes Grundstück, bey dem Inhaber desselben in Anspruch nahm, von dem Gerichte aufgegeben, den Grund seiner Klage *proxime* darzuthun. Es vergiengen 8 Jahre,

re, ohne daß der Kläger sich weiter beym Gerichte meldete, und während dieser Zeit verkaufte der Inhaber dieses Grundstück an einen Dritten, welcher zu seiner Sicherheit, darauf antrug, den dem Kläger auferlegten, aber nicht geführten Beweis, nunmehr für desert zu erklären.

Dieses, die Desertion des Beweises erkennende, und den Käufer von der Klage entbindende, Erkenntniß erfolgte, und wurde auch dem Kläger insinuiret. Dagegen interponirte nun dieser, und vermeynte, daß, da in dem, den Beweis auflegenden Bescheide, kein gewisser Beweißtermin so wenig, wie in den Gesetzen bestimmt sey; auch der Ausdruck *proxime* keinen gewissen Zeitraum in sich schließe; ferner, da der Gegentheil nicht contumaciam accusiret habe, auch keine mora vorhanden sey, jenes Erkenntniß als null und nichtig aufgehoben, und ihm vorher ein gewißer Beweißtermin festgesetzt werden müße.

Der Beklagte bestritt diese Sätze, und was er für seine Behauptung anführte, zeigen die unter dem Urtheil angehängten Zweifelsgründe.

§. 2. In diesem Urtheil, wurde jenes Erkenntniß dahin abgeändert und wieder aufgehoben, daß der, dem Querulanten in jenem auferlegte Beweis des Grundes seiner Klage, für desert nicht zu achten, sondern ihm dazu noch eine vier wöchige Frist sub praejudicio desertionis, mit Vorbehalt des dem Querulaten zustehenden Gegenbeweises nachzulassen sey.

Die

Die Zweifels- und Entscheidungsgründe lauteten so: Querulat behauptet:

1) Es sey aus den Akten auf unwidersprechliche Art ersichtlich, daß vom Zeitpunkte der, dem Kläger auferlegten, Beweis-Pflicht des Grundes seiner Klage, eine Zeit von 8 Jahren verflossen sey, ehe die Sache von ihm wieder in Anregung gebracht worden. Unter dem, in dem Bescheide enthaltenen, Ausdrucke *proxime*, werde der nächste Gerichtstag verstanden. Der Beweistermin sey ipso jure peremtorisch, folglich der dem Kläger nachgelassene Beweis längst desert geworden, ohne daß es

2) einer vorherigen Ungehorsams Beschuldigung von seiner des Querulaten Seite bedurft habe.

Allein wenn gleich

1) der abgelaufene, einen Stillstand der Sache mit sich führende Zeitraum von 8 Jahren, zwar auf Aktenmäßiger Gewißheit beruhet, auch wohl nicht zu leugnen ist, daß der in dem Bescheide enthaltene, den Beweis, unter den Worten: *proxime* **darthun**, aufgebende Ausdruck, einen engern Zeitraum, wie 8 Jahre verstanden habe; so ist dagegen doch auch der im Ausdruck *proxime* liegende unbestimmte Begrif nicht zu mißkennen.

Nach gemeinen, in Deutschland geltenden, Rechten ist zur Beweisführung kein bestimmter Zeitraum festgesezt, sondern entwe-

weder Landesgesetze oder richterliche Willkühr bestimmen ihn.

L. 1. C. de dilat.

R. A. von 1654.

Stryk de probat. meliori.

Daß jener Ausdruck, proximam juridicam, oder eine Frist von 14 Tagen andeuten solle, beruhet auf keiner, der hiesigen Hofgerichtsordnung — welche von einem durch den Richter zum Beweise zu bestimmenden geraumen Zeitraume überhaupt, ohne gewiße Zeitbestimmung, spricht, — angemessenen, willkührlichen Auslegung; und wenn vorgedachter Ausdruck auch als relative Bestimmung zu betrachten wäre, so würde dieses nur in Beziehung auf die, innerhalb 14 Tagen, verordnungsmäßig beyzubringenden Wechselschriften, nicht aber in Ansehung der Beweisfrist, anwendbar seyn können, da letztere überall in hiesigen Landesgesetzen nicht bestimmt, sondern dem Ermessen des Richters überlassen; folglich kein gewisser relativer Begrif, ohne ein fixes Relatum gedenkbar ist. Die Dauer dieser Beweisfrist ist also immer unbestimmt, und da eine sententia incerta ac indeterminata, wenn keine relative Gewißheit zum Grunde liegt, als nichtig betrachtet wird, und nicht Rechtskraft, oder Effecte erlangen kann.

L. 3. C. de sent. quae sine cert.

Mevius P. 1. dec. 109.

so

so ist begreiflich, daß in einem solchen Falle, von geschehenem Ablauf des Beweißtermins entweder keine Rede seyn kann;

ubi in ordinationibus processuum certus terminus probatorius semel praefixus est, non necesse, illum in sententia specifice exprimere, sed sufficit si probatio **in gewöhnlicher Frist**, alicui injungatur. Ast ubi terminus probatorius ab arbitrio judicis, uti de jure communi, dependet, ibi in sententia specifice definiendus est, alioquin actor probatione non excluditur.

Stryk U. M. Lib. 22. Tit. 3. §. 8. *Ziegler* Intrd. ad Process. Cap. 10. §. 3.

oder doch der Parthey, bey Umständen solcher Art, wo mehr dem Richter, wie ihr, ein Fehler zur Last fällt, hinreichender Grund zur Entschuldigung und Restitution nicht abzusprechen ist.

Leyser sp. 33. med. 5.

Es wird nun zwar nach der Rechtslehrer Meynung der Beweißtermin für peremtorisch gehalten, ohne daß es

2) einer vorherigen Ungehorsams Anzeige von Seiten des andern Theils erst bedarf; allein dieser Grundsatz ist nur auf einen deutlich bestimmten, und ohne allen Zweifel für abgelaufen anzunehmenden Beweistermin,

min, welcher doch im gegenwärtigen Falle mit Recht mißkannt wird, anzuwenden.

---

449. Meditation.

Ueber das Recht der kleinen Eingesessenen einer Dorfschaft, zur Mithude mit ihren Pferden auf die Gemeinheit.

§. 1.

Es ist für die Unterthanen eines Landes immer ein großes Glück, wenn über solche, ihre Gerechtsame betreffende Gegenstände, worüber die gemeinen Rechte nichts bestimmtes verordnen, durch Landesgesetze genaue Vorschriften gegeben sind. Selbst aber auch dann, wenn diese nicht fehlen, können doch über deren Anwendung oft Streitigkeiten entstehen; und selbst auch die Gerichte sind, bey der Anwendung auf den vorliegenden Fall, nicht immer gleicher Meynung. Gut ist es also, wenn solche Fälle, auf welche die Anwendung der Gesetze zweifelhaft seyn kann, gesammlet und bekannt gemacht werden.

Wir wollen hier einen Fall erzählen, wo die großen Eingesessenen einer Dorfschaft *A* als die Meyer, Halbmeyer ꝛc. einem Straßenkötter *B* daselbst, die Hude mit seinen Pferden auf der Gemeinheit streitig machten, und die Landesgesetze, worauf es hier ankam, vorher anführen.

§. 2.

§. 2. In der hiesigen **Policey-Ordnung von 1620. Tit. 12.** verordnet:

damit die Gemeinen nicht übertrieben werden, so sollen die alten Einwohner treiben, wie sie dessen von vielen Jahren berechtigt, die Neuwohners aber und Straßenkötters, sollen aus einem Kotten nicht über zwey Kühe und ein Rind, zwey Schweine, und eines Jahreszucht von zween alten Gänsen, auf die gemeine Hude bringen, was hierüber befunden wird, soll hiemit verwirkt und Uns verfallen seyn.

Die **Verordnung vom 19ten Jenner 1658** nimmt auf die vorhergehende Bezug, und befiehlet ausdrücklich:

daß, da die Kleinkötter, Hoppenplöcker, Hüsler und andere, welche vorhin keine Pferde gehalten, solche zugelegt, und von ihnen der Landesherrschaft keine Dienste prästiret würden, dieses Pferdehalten aber allen andern Unterthanen, die mit ihren Pferden der Herrschaft Dienste abzustatten schuldig, wie auch denen welche Hude und Weide hätten, zum Nachtheil gereiche: so sollen die Kleinkötter, Hoppenplöcker, Hüsler und andere, welche vordem keine Pferde gehalten, solche stündlich bey 10 Gfl. Strafe abschaffen, und sich in diesem Punkte nach der Policey-Ordnung richten.

Außerdem wird noch in der **Landesverordnung vom 14ten May 1689** vorgeschrieben:

daß in den Herrschaftlichen Gehölzen niemand, er sey denn dazu erweislicher maßen berechtigt, sein Vieh eintreiben solle.

§. 3. Jene großen Eingesessenen der Dorfschaft *A.* sind zur Hude mit Pferden auf dasiger Gemeinheit berechtigt, ohne daß diese im Kataster zum Hude Anschlag gebracht sind, und gleiche Hudeberechtigung steht dem Straßenkötter *B.* nach dem Kataster mit zwey Kühen, einem Rinde und einem Schweine zu, auch darf er mit diesem Vieh das Herrschaftliche Gehölz betreiben.

Nach eben diesem Kataster besitzet derselbe, an eigener, zur Stätte gehörigen, Länderey 3 Scheffel Saat, hat aber außerdem vor einigen Jahren vom Colonate des zur Pferdehude auf der Gemeinheit berechtigten Colonus *D* 9 Scheffel Landes käuflich erworben, und von andern zu gedachter Pferdehude berechtigten, verschiedene angeblich in 20 Scheffel Saat bestehende Ländereyen, zum antichretischen, mit Uebernahme der real Lasten verbundenen, Genuß erhalten, auch einige Ländereyen gepachtet.

Vormals hatte der Straßenkötter *B.* keine Pferde gehalten, da er aber obige Ländereyen angelegt, so schaft er sich vor mehreren Jahren drey Pferde an, und intendirt damit, die als Forstgrund angegebene gemeine Hude, zu betreiben.

Die großen Eingesessenen der Dorfschaft *A.* widersetzen sich diesem Unternehmen, und wirken beym Gerichte einen Befehl aus, nach welchem dem *B.* das Betreiben der Hude mit Pferden bey 10 Goldgulden Strafe untersagt wird. Hiebey beruhigt er sich zwey Jahre, tritt aber dann klagend auf, und provociret auf ein Recht zur Pferdehude.

1) Weil der Grund und Boden Herrschaftlicher Forstgrund sey, worauf er, falls er der Landesherrschaft Extraspanndienste leiste, zur Hude zugelassen werden müße, und

2) weil er von dem Colonus *D.* 9 Scheffel Land gekauft, und dieser auf die Hude Pferde treiben dürfe.

Das Gericht erkennet darauf: Da die Gemeine der Dorfschaft *A.* aus Herrschaftlichem Forstgrunde bestehe, der Kläger *B.* vom Colonus *D.* 9 Scheffel Saat Land erworben habe, und Pferde zu halten genöthigt sey, letztere auch im Kataster nicht zum Hudeanschlag gezogen worden; so seyen die Beklagten zum Widerspruch nicht befugt, weshalb ihnen alle Stöhrung des Klägers in Ausübung der Pferdehude bey 10 Goldgulden Strafe untersagt werde, unter dem Vorbehalt, daß Kläger nach dem Landtagsschluße von 1663 zu den Extradiensten mit herangezogen werden solle.

§. 4. Die Beklagten nehmen von diesem Bescheide den Recurs an das Obergericht, und begründen denselben dadurch:

1) Stehe ihnen das Recht der Pferdehude auf der Gemeinheit zu;

2) Bezögen sie sich auf die vorhin schon angeführten Landesgesetze, welche nicht bloß auf das Landesherrliche, sondern auch auf der Unterthanen Interesse sich gründe; und stehe nach jenen dem Kläger als Straßenkötter nur das Recht mit zwey Kühen, einem Rinde, zwey Schweinen, und eines

Jah-

Jahres Zucht von zwey alten Gänsen, die gemeine Hude zu betreiben, zu.

3) Der Kläger habe weder ein Recht zur Pferdehude erwiesen, noch vorhin Pferde gehalten, auch gehörten bey seiner Stätte keine Pferde, ob er gleich jetzt 3 Stück angeschaft habe.

4) Wenn auch die Gemeine Forstgrund sey, welches sie leugneten; so könne ihnen doch die darauf hergebrachte Pferdehude, durch des Gegners, als eines Dritten, Eindringen nicht geschmälert werden. Dieses würde aber geschehen, weil sie mit ihren Pferden Dienste verrichten, und diese also die ohnehin geringe Nahrung dafür, in noch höherm Grade entbehren müßten. Und wenn gleich Kläger ein Mitglied der Gemeinheit, also ein Genosse des Compascui sey, so schränke sich dieses doch nur auf solches Vieh ein, welches er nach Gelegenheit seines eigenthümlichen fundi zu halten im Stande sey, also nicht mit Pferden dürfe er die Gemeinheit betreiben.

Leyser sp. 108. med. 5.

5) Der Ankauf der 9 Scheffel Saat Land von *D.* nebst der Pachtung fremder Ländereyen, und das Vorgeben Pferde halten zu müßen, könne Kläger zur Hude nicht berechtigen, da ihm bey jenem Ankauf und der Pachtung diese mit Einverständniß der Hude Interessen nicht zugestanden wäre, auch jene sich nicht erkläret, ihr Inventarium

rium verringern und keine Pferde auf die Gemeine treiben zu wollen. Das angebliche Bedürfniß zum Pferdehalten, habe sich Kläger selbst zugezogen, mithin müße er auch den daraus entstehenden Nachtheil tragen; und auf so weniges Land könnten und müßten nothwendig nicht Pferde gehalten werden.

6) Der Nichtansatz der Pferde im Kataster würke nichts, was dem Kläger zur Pferdehude ein Recht gebe. Denn dieses Recht entstehe nicht aus dem Hudeanschlag im Kataster, sondern werde durch das Herkommen bestimmt, welches Kläger nicht für sich, vielmehr die Landesgesetze gegen sich habe. Für die Fortdauer eines jeden Gesetzes streite aber die Vermuthung, bis dessen Aufhebung erwiesen worden. Hingegen von dem Landtagsschluß von 1663, der nicht publiciret, und unter den Landesgesetzen nicht anzutreffen sey, wüßten sie nichts, und mißkennten dessen gesetzliche Anwendung.

§. 5. Dagegen versetzte **Kläger**:

1) Er sey zwar nur ein Straßenkötter, habe sich aber durch Fleiß 13 Scheffel Saat Land als Eigenthum, und 20 Scheffel antichretisch erworben, außerdem noch gepachtete Länderey unter.

2) Die Hude sey nicht privative Dorfs Gemeinheit, sondern Herrschaftlicher Grund und

und Boden; seine Stätte keines Neuwohners, sondern Altwohners Stätte.

3) Die Policey Ordnung, welche nur von Neuwohnern und Straßenköttern rede, passe also so wenig, wie die übrigen Verordnungen auf gegenwärtigen Fall; denn er gehöre nicht unter diejenigen, welche vorhin keine Pferde gehabt, da er sie schon seit geraumer Zeit besessen, und, ganz dem Landtagsschlusse von 1663 gemäß, damit Dienste zu thun bereit sey, so bald man sie von ihm verlangen würde. Die Verordnung von 1658 rede bloß von Abschaffen der Pferde, nicht aber von der Hude auf Herrschaftlichem Forstgrunde; und von einer Herrschaftlichen Sache könne auf eine privat Sache kein Schluß gelten. Eben so sey in der Verordnung von 1689 nur vom Forstgrunde, und von dem Vieh überhaupt die Rede, und schließe folglich keine Pferde aus. Sie setzte Leute voraus, die zur Hude in den Herrschaftlichen Gehölzen nicht berechtigt seyn. Dazu sey er aber, wie die Gegner ihm nicht streitig machten, allerdings befugt..

4) Schade er der Hude gleichfalls nicht, denn er habe so viel Land von Leuten in Besitz, welche, obgleich zur Pferde-Hude berechtigt, solche jetzt nicht auftrieben, ja, die falls sie das Land selbst unter hätten, noch mehrere Pferde auftreiben würden. Wenn auch

5)

5) die Verordnung passe, so würde nichts anders daraus folgen, wie das Abschaffen der Pferde, welches aber aus schon angeführten Gründen, nicht ausführbar sey.

6) Ein Herkommen trete hier nicht ein. Beklagte leugneten nur, daß er solches nicht für sich habe, behaupteten aber nicht, daß sie es für sich hätten. Es werde also geleugnet, daß das Recht zur Pferde-Hude durch das Herkommen bestimmt werden könne.

7) Das Land welches er von andern untergenommen, verpflichte ihn die Last davon zu tragen, er müsse also auch den Nutzen davon ziehen. Die ehemaligen Besitzer derselben, seyen zur Pferdehude berechtigt gewesen. Diese sey ein dingliches Recht, folglich er zu jener berechtigt.

§. 6. In dieser Instanz wurde das vorige Erkenntniß wieder aufgehoben, der von den Beklagten, dem Kläger in Ansehung der auf der Gemeinheit verlangten Mithude mit Pferden, entgegen gesetzte Widerspruch für gegründet gehalten, und dem Kläger bey 10 Goldgulden Strafe anbefohlen, sich derselben künftig zu enthalten.

Die Gründe dieses Erkenntnißes lauteten so: Die Landesherrlichen Verordnungen von 1620 Tit. 12. und vom 19ten Januar 1658 bestimmen mit ausdrücklichen Worten, daß die Straßenkötter, Hoppenplöcker und andere, auf der

der Gemeinheit, ohne daß daselbst zwischen einem Herrschaftlichen Forst- oder Gemeinheitsgrunde, ein Unterschied gemacht wird, nur 2 Kühe, 1 Rind, 2 Schweine, und die Zucht von 2 alten Gänsen, nicht aber Pferde halten, und darauf betreiben sollen. Diese Gesetze gründen sich unter andern auf einem, für diejenigen Einwohner, welche dem Landesherrn mit ihren Pferden Dienste thun müssen, und andern Unterthanen, welche die Hude und Weide darauf haben, daraus entspringenden Nachtheile, den sie künftig entfernen wollen.

Daß die Beklagte sowohl mit ihren Pferden der Landesherrschaft Dienste leisten, als die Gemeinheit mit ihren Pferden betrieben haben, und dazu befugt seyn, läugnet Kläger nicht, sondern behauptet nur ein gleiches, ihm zustehendes, Mithuderecht. Indeß hat er hier die wörtliche Disposition obiger Landesgesetze, welche einem Straßenkötter, wie er eingestandenermaßen ist, eine solche Hude untersagen, gegen sich.

Er glaubt nun zwar durch mehrere angeführte Gründe seinen Zweck zu erreichen; allein so wenig er

1) auf der, ursprünglich zu seiner Stätte gehörigen, Länderey von 3 Scheffel Saatland, Pferde zu halten im Stande und befugt ist, so wenig wird er

2) durch den Ankauf der 9 Scheffel, und den Besitz antichretischer und gepachteter Ländereyen zu dieser Pferdehude qualificiret. Denn

wenn

wenn auch die vormaligen Besitzer jener Ländereyen dazu berechtigt gewesen, und die Hude selbst als ein dingliches Recht zu betrachten ist; so ergiebt sich doch nicht, daß jene vormaligen Besitzer die Zahl ihrer Pferde eingeschränkt, und weniger oder gar keine auf die Gemeinheit zu treiben, sich entschloßen haben, mithin die Behauptung der Beklagten, daß die Hude übertrieben werde, widerlegt worden.

Dann aber ist es allgemeiner Rechtssatz, daß wenn einem ganzen Gute ein dingliches Recht anklebt, dies dem Gute qua tali, nicht den, davon durch Verkauf oder andere Art völlig getrennten, Theilen, welche nach der Trennung zu jenem nicht mehr gehören, anhängt. Nicht zu gedenken, daß wenn das Gegentheil hiervon gegründet wäre, den Kläger doch die Qualität eines Straßenkötters, worin er, ungeachtet der mehr acquirirten Länderey, noch immer auftritt, von dem Mitgenusse der Pferdehude, obigen Gesetzen nach, ausschließen würde. Daß letztere nun durch irgend ein Gesetz aufgehoben worden, ist vom Kläger, wie ihm doch obgelegen hätte, auf keine Art dargethan. Dagegen dienet ihm

3) weder der Umstand: daß die Pferdehude nicht im Hude Anschlage begriffen, noch der: daß jetzt Bedürfniß für ihn eingetreten sey, zum Vortheile; weil jene Hude für Beklagte schon dadurch, daß sie mit ihren Pfer-

Pferden der Landesherrschaft Dienste leisten, und jene geständig ausgeübt haben, ohne daß es eines Hude Anschlags bedarf, begründet ist; das vermeyntliche Bedürfniß des Klägers aber, durch sein eigenes freywilliges Factum entstanden ist, wodurch die Rechte der Beklagten so wenig geschmälert, als ohnehin durch den revocabeln Besitz, der antichretisch und als Pacht unterhabender Länderey seiner Stätte kein dingliches Recht erworben werden kann.

Wenn nun auch

4) Kläger mit seinen Vieh zur Hude in den Herrschaftlichen Gehölzen nach der Landesordnung vom 14ten May 1689 befugt ist; so kann doch unter dem, sonst allgemeinen, Ausdruck Vieh hier nur dasjenige verstanden werden, welches er in Gemäßheit der Policey Ordnung, und des Gesetzes von 1658 als Straßenkötter zu halten, und aufzutreiben berechtigt ist. Denn diese letzten Gesetze sind durch jenes weder aufgehoben, noch verändert; sondern es ist in diesem nur die Benutzung der Herrschaftlichen Gehölze, deren aber die angezogenen Gesetze nicht gedachten, erwähnet und gestattet worden.

450.

450. Meditation.

In einer wegen expilirter Erbschaft angestellten Klage, kann der Eid zugeschoben werden, ohne daß es nöthig ist, vorher einen Verdacht der geschehenen Expilation zu erweisen.

§. 1.

Ein Vater verstirbt, und hinterläßt zwey verheyrathete Töchter, und zwey Söhne davon einer minderjährig ist. Es wird hierauf über sein Vermögen vom Gerichte ein Inventarium aufgenommen; jedoch findet es sich nachher, daß in demselben nicht alles vollständig angegeben ist. Deshalb dringen die Ehemänner der beyden Töchter darauf, daß die beyden Söhne, den Manifestationseid dahin, daß sie ihrem Vater bey dessen Lebzeiten nichts entwendet hätten, auch nach dessen Tode ihrem Wissen nach nichts abhanden gekommen sey — abstatten sollen; verändern jedoch ihren Antrag dahin, daß sie, beyden den Haupteid darüber besonders deferiren:

daß sie nach des Erblassers Tode nicht 400 Dukaten aus dessen Nachlasse entwendet und unter sich getheilet hätten.

Das Gericht erkennet die beyden Brüder zur Ausschwörung dieses Eides schuldig, weil hier kei-

keine Zurückschiebung statt finde. Diese wollen aber den ihnen zugeschobenen Eid, ohne vorherigen Beweis der angeschuldigten Expilation, nicht ausschwören, und weil das Gericht diese Einrede verwirft, nehmen sie ihren Recurs an das Obergericht.

§. 2. In der Ausführung ihrer Beschwerden sagen sie: das Gericht stelle den Satz als ungezweifelt auf, daß hereditate expilata ein Eid deferiret werden könne, ohne daß vorher ein stringenter Verdacht erwiesen zu werden brauche. Die in rationibus angeführte L. 52 §. 27 ff. de furt. schweige davon, und rede nur von einer actio rerum amotarum; von dem dazu erforderlichen Beweise werde aber nichts gesagt. Expilatio hereditatis sey immer ein Verbrechen, deswegen finde die Eideszuschiebung als ein modus transactionis nicht statt, könne in concreto um so weniger Platz greifen, da jedes, ein Verbrechen oder quasi delictum involvirendes, Object, qua causa criminalis principalis, in Ansehung der causae civilis, praejudicialis sey, vorher also in dieser Hinsicht untersucht werden müsse, wo denn die civil Folgen nur incidenter zur Frage kämen. — Jeder Klage müsse Bestimmtheit, und mit ihr ein Faktum zum Grunde liegen, daß sowohl wirklich existent, als von dessen Wirklichkeit der klagende Theil überzeugt sey. Sey letzteres der Fall; so könne der Eid den Recursen allerdings referiret werden. Sollte hingegen das Gegentheil bey diesen eintreten, so müß-

müßten sie mit ihrem ungereimten und willkührlichen Verdacht, mit Verurtheilung in die Kosten abgewiesen werden, weil der Klage keine Wahrheit zum Grunde liege, kein corpus delicti existire, worauf einzig und nicht auf Vermuthungen gebauet werden könne. Gründeten sich also die Gegner auf ein wirkliches Faktum, so könne die Eideszurückschiebung hier nicht cessiren, die überdem auf alle Fälle auch in Rücksicht der Credulität statt haben würde. Es wären keine, den Verdacht unterstützende, Gründe vorhanden, wohl aber fände man in den Akten Umstände, die ihn entfernten. Hiernach müßte demnach, nach einem justo arbitrio judicis das juramentum calumniae nach der Landesverordnung von 1781 eintreten.

Nähme man aber auch den Fall an, daß Gegner von der Wahrheit ihrer Angabe überzeugt wären, so könne doch zur Ueberzeugung des Richters keine Eideszuschiebung statt finden, weil ein quasi delictum zum Grunde liege, de quo privatis disponere non licet, und weil die exceptio remissionis und transactionis — indem der jüngere Bruder gleich Anfangs mit 800 Rthlr. abgefunden sey — diese ganze Sache niederschlage. Sollte nun gleich, dieser triftigen Gründe ungeachtet, auf den Manifestationseid erkannt werden, so müsse eventualiter dennoch ihnen das Recht den Eid zurückzuschieben ungekränkt, für Recursen hingegen die Pflicht zur Abstattung des Eides für Gefährde, bleiben.

§. 3.

§. 3. Ungeachtet dieser anscheinenden Gründe, wurde aber das vorige Erkenntniß bestätigt, jedoch den Recurrenten die Gewissensvertretung durch Beweis nachgelassen, aus folgenden Gründen:

Denn daß die, wie es hier der Fall seyn soll, von nahen Blutsverwandten begangene expilatio hereditatis an und für sich, ohne Concurrenz besonderer Umstände, kein criminal Verbrechen sey, ist schon daraus abzunehmen, daß nach dem Art. 165 der Halsgerichtsordnung *a*) der Obrigkeit desfalls von Amtswegen zu klagen und zu strafen untersagt, und die gesetzliche Vermuthung festgestellt ist, es sey ein solches Vergehen nicht dolose ex malitia et lucri intentione, sondern aus Leichtfertigkeit und Unverstand begangen.

Ioh. Sam. Fr. de Boehmer med. ad Art. 165 §. 3.

Berger Elect. jurispr. crim. §. 13.

Und

a) So einer aus Leichtfertigkeit oder Unverstand, etwas heimlich nehme, von Gütern, da er sonst ein nächster Erb ist, oder so sich dergleichen zwischen Mann und Weib begebe, und ein Theil den andern derhalben anklagen würde: Sollen Richter und Urtheiler mit Entdeckung aller Umstände bey den Rechtsverständigen, und an Orten und Enden, wie zu End dieser unser Verordnung angezeigt, Raths pflegen, auch erfahren, was in solchen Fällen das gemeine Recht sey, und sich darnach halten. Doch soll die Obrigkeit oder Richter in diesen Fällen von Amtswegen nicht klagen noch strafen.

Und fallen demnach die, von den Recurrenten, in dieser Beziehung aufgestellten, irrigen Grundsätze, mit allen daraus hergenommenen Folgerungen von selbst hinweg.

Vorliegender Fall schließt bloß eine civil Klage in sich; und wenn sämmtliche, ihren Vater beerbende Kinder von denjenigen unter ihnen, die auf irgend einem Wege, die Erbschaftsmasse vermindert, und sich damit zum Nachtheile der übrigen bereichert haben, Berichtigung des Collationspunkts, mithin die Gleichstellung der Erbschafts Quoten begehren, und deswegen wohl zur Eideszuschiebung schreiten können:

L. 17 C. de collat.

so muß dieses um so ehr statt finden, wenn einer oder mehrere Miterben auf unrühmlichen oder verfänglichen Wegen die Erbschaftsmasse verringern.

Leyser sp. 556. med. 8.

letzteres ist hier, nach der Recursen Behauptung geschehn, und da die von ihnen zur Hand genommene Eideszuschiebung ein factum proprium der Recurrenten, und eine Sache betrift, davon sie allein Wissenschaft haben; so ist bekannten Rechten nach die Zurückschiebung des Eides unzuläßig;

L. 11. §. 3. ff. de act. rer. amot.

selbst dann ist sie es schon, wenn der, welcher das Faktum begieng, auch nur eine bessere Kenntniß davon hat, wie der Deferent.

Wernher P. 1. obs. 214.

Diese bessere Kenntniß ist den Recurrenten eigen,

 weil

weil das, was bey den Recursen nur Verdacht oder Wahrscheinlichkeit ist, bey ihnen Gewißheit ist, und nur sie, mit schon vorbehaltener Gewissensvertretung durch Beweis, wobey ihnen ihre Einreden auszuführen unbenommen bleiben, eidlich die Gewißheit davon geben können, daß von ihnen die Erbschaftsmasse um die Summe von 400 Dukaten nicht verringert sey. Der sonst erforderliche Eid für Gefehrde, ist landesgesetzlich abgestellt; hier auch, da nach dem Aktenmäßigen Zusammenhange der Sache allerdings ein, die Recurrenten drückender, Verdacht hervorgehet, kein Grund vorhanden, der bey den Recursen eine verfängliche Absicht vermuthen ließe, und das Richteramt zur Erkennung auf jenen Eid motiviren könnte.

Ist nun gleich der jüngere Bruder von den Recurrenten Vergleichsweise mit 800 Rthlr. so abgefunden, daß er von der jetzigen und künftigen Elterlichen Verlassenschaft ausgeschlossen sey, und mit seinen Geschwistern nicht weiter zur Theilung kommen sollte; so schließt dieses doch den fernern Manifestationseid nicht aus, weil der Vergleich natürlich das damals vorhandene, nicht aber das damals noch unbekannte, entrückte Vermögen zur Grundlage hatte.

451. Meditation.

Ein Rechtsfall, wo besonders durch einen Augenschein, das streitige Eigenthum an einem Grundstücke, beurtheilet werden mußte.

§. 1.

Es giebt mannichmal Fälle, wo bey Beurtheilung des Eigenthums eines Grundstücks, auch auf die Lage desselben Rücksicht genommen werden muß, und alsdann ist es immer nöthig und nützlich, daß ein Richter sich durch Einnehmung eines Augenscheins von dieser Lage unterrichtet, und auf den Augenschein erkennet, selbst wenn auch nicht darum gebethen seyn sollte. Ein solcher Fall, wo die Lage eines Grundstücks, dessen Eigenthum streitig war, in Betracht gezogen werden mußte, ist folgender:

Zwischen den Grundstücken eines, nachher als Kläger aufgetretenen, Meyers, liegt ein durch zwey Hecken von jenen abgesonderter, und von den Gründen des Beklagten entfernt seyn sollender Platz, woselbst dieser die Kuhtrift sowohl, als die Beflösung seiner Wiese hat, und ausübet.

Geraume Jahre vor Anstellung der jetzigen Klage, ist bereits Kläger deshalb, weil er durch Ausgraben der Erde auf diesem Platze, der Kuh-

trift und dem Laufe des Wassers auf des Beklagten Wiese geschadet hat, gestraft worden.

Etwa 30 Jahre nach diesem Vorfall tritt nun Kläger auf, und beschweret sich, daß Beklagter, auf diesem, zwischen seinen Ländereyen und Hecken belegenen, also ihm eigenthümlich zugehörigen, Platze, Löcher gegraben und die Erde auf dessen Land gefahren, ferner daß er sich das, über diesen Platz fließende Wasser allein zueignen wolle, und deswegen den von ihm Kläger gemachten Flößegraben nach seiner Wiese hin, zugedammet habe.

Beklagter dagegen räumte dem Kläger kein Eigenthumsrecht an diesem Platze ein, vermeynte vielmehr daß selbst die Vermuthung gerade dawider streite, weil der Platz zwischen zwey, dessen Ländereyen einschließenden, Hecken liege. Er selbst aber behauptete das Eigenthumsrecht an diesem Platze.

Hier kam es also darauf an, wem das Eigenthumsrecht an diesem Platze zustehe, und für welchen Theil die stärksten Vermuthungen des Eigenthums eintreten?

Kläger glaubte sie auf seiner Seite zu haben, weil der Platz gerade zwischen seinen Besitzungen, und von dem Eigenthume des Beklagtens ganz entfernt, liege, mithin sich kein anderer Eigenthümer, wie er, denken lasse. Die Vermuthung streite demnach so lange für ihn, bis Beklagter eine andere größere Wahrscheinlichkeit für sich aufführte.

Der

Der Eigenthümer eines Guts werde für den dominum rerum omnium gehalten, quae sint inter fines illius praedii.

Müller Promt. jur. sub voce: *dominus* nr. 1.

Auch sey derjenige Eigenthümer des Ufers, dessen Grundstück demselben am nächsten läge.

§. 4. J. de rer. divis.

Eben so vermeynte nun auch **Beklagter**, daß die Vermuthung für das Eigenthum dieses Platzes auf seiner Seite sey, sowohl wegen der schon vorhin bemerkten Lage desselben, als auch weil er diesen Platz schon lange Jahre her in Besitz gehabt, und zur Kuhtrift und Wasserleitung genutzt habe. Dies sey nicht, wie Kläger behauptet, jure servitutis, sondern vermöge des Eigenthumsrechts geschehen. Der von Kläger angeführte Satz: quod dominus praedii, pro domino omnium rerum, quae sint inter fines illius praedii, habendus sit, sey unpassend. Denn hier könnten unter einem praedio, nicht einzelne herumliegende Grundstücke, sondern nur ganze, in einem Bezirk zusammen liegende Güter verstanden werden. Dazu komme noch, daß dieser Platz nicht innerhalb, sondern außerhalb den Grenzen der gegenseitigen Ländereyen — von welchen er durch Hecken getrennt sey — liege.

Was vom Eigenthum des Ufers gesagt werde, bedürfe keiner Erwegung.

§. 2. Von dem Gericht wurde dafür gehalten, daß ehe über die Beweis Pflicht des Eigen-

genthums für den einen oder den andern Theil rechtlich erkannt werden könne, der Augenschein über den in Frage seyenden Platz, vorher noch eingenommen werden müsse; aus folgenden Gründen:

Kläger behauptet, daß der jetzt streitige Platz zwischen seinen Ländereyen, und mitten in seinem Eigenthume; dabey seine Wiese, oberhalb den Wiesen des Beklagten, und höher wie diese, liege, folglich hier eine natürliche servitus irrigandi vorhanden sey. Nun habe zwar nach gegenwärtiger Lage der Sache, der Beklagte die stärkste Vermuthung des Eigenthums für sich, indem er auf befragten Platze, die Kuhtrift sowohl, als die Beflößung seiner Wiesen hat, und ausübet, woraus die Vermuthung des Besitzes dieses Platzes, für ihn entspringt,

Ex actibus, Holzung, Hude und Weide possessio fundi praesumitur

Horn in Resp. Cl. IX. resp. 8. nr. 6. p. 533.

welche so lange für ihn von rechtlicher Würkung ist, bis ein anderer, ein besseres Argument darbringt.

Carpzov. P. 2. const. 14 Def. 25 nr. 9.
Wernher Tom. 3. P. 1. obs. 10. nr. 41, 42.

Dazu schickt sich aber Kläger an, indem er durch den Augenschein und andere Gründe, so viel zu erwirken hoft, daß die stringentere Vermuthung des Eigenthums und des Mitbeflößungsrechts, für ihn sprechen, folglich der Hauptbeweis auf den Beklagten fallen soll.

So

So wenig sich nun aus den bisher verhandelten Akten die Lage des streitigen Platzes, dessen Absonderung von des Beklagten Ländereyen; ob diese auf allen, oder nur auf einigen Seiten von jenem Platze, durch Hecken getrennt sind; oder ob derselbe von allen Seiten an des Klägers Ländereyen und Gründen gränze, also mitten in dessen Eigenthum liege; ferner die Lage von dessen Wiese, in Beziehung auf die, des Beklagten und des streitigen Platzes, ohne Augenschein, anschaulich beurtheilen läßt, mithin derselbe in dieser Rücksicht nöthig ist; so gewiß muß bey Fällen dieser Art in Beurtheilung des Eigenthums, auch auf die Lage des streitigen Grundstückes Bedacht genommen werden; da, wenn dasselbe mitten in jemandes Eigenthum liegt — wie Kläger dieses von dem streitigen Platze behauptet, und worüber ein Augenschein die beste Auskunft geben kann — alsdenn, der durch Hecken geschehehen Absonderung, welche auch aus andern Ursachen, als um die Grenze zu bezeichnen, geschehen kann, ungeachtet, eine stringente Vermuthung des Eigenthums eines so gelegenen Platzes, für jenen Besitzer entstehet;

Mastard de probat. concl. 553. nr. 1.

ICti Tubing Vol. 3. concl. 252. nr. 28.

in welchem Falle, die actus einer Trift und Flössung, als Folgen einer Servitut zu betrachten sind, und der Mitgebrauch dem Eigenthümer nur, nach erwiesenem Rechte, ihn ausschließen zu dürfen, abzusprechen ist.

Dann

Dann ist auch nicht ausser Acht zu lassen, daß der Bescheid, nach welchem Kläger, vor länger als 30 Jahren, deswegen, weil er wegen Ausgraben der Erde, auf diesem Platze, gestraft ist, nur von einer, durch die von Kläger gemachten Löcher entstandenen, gänzlichen Verhinderung, des, auf die Wiesen des Beklagten fließenden Wassers, nicht aber von einem, diesem zustehenden, ausschließlichen Rechte, oder Gebrauch desselben spricht, mithin das Eigenthum des Platzes daraus für Beklagten nicht hergeleitet werden mag.

---

452. Meditation.

Ein Rechtsfall, über verschiedene Beschwerden der Dienstpflichtigen, welche durch einen Vergleich zwar beygelegt waren, über den aber nachher wieder ein Streit entstand; desgleichen über die von jenen verlangte Edition der Haushaltungs-Register, von dem Pächter der Dienste.

§. 1.

Wenn die zu einer Meyerey gehörigen Dienstpflichtigen, unbestimmte Dienste leisten müssen, so kann es dem Dienstherrn, selbst nach den Gesetzen der Billigkeit, nicht verstattet werden,

den, einigen von diesen, zu dem Gute gehörigen, Dienstpflichtigen ihren Dienst, gegen Bezahlung mit Gelde, zu erlassen, oder sie an einen andern abzutreten, am wenigsten dann nicht, wenn die Dienstpflicht der andern Dienstpflichtigen, dadurch erschweret werden sollte. Sind aber die Dienste bestimmt: so stehet es dem Dienstherrn ohne Zweifel zu, sich von einigen Dienstpflichtigen, mit ihrer Einwilligung, den Dienst mit Gelde bezahlen zu lassen, ohne daß die übrigen Dienstpflichtigen, welche darunter nicht leiden, diesem zu widersprechen Befugniß haben. Dem Dienstherrn würden sonst oft ganz die Mittel benommen, seine herunter gekommenen Dienstpflichtigen wieder empor zu helfen, da gewiß der Regel nach, für sie, die Erlassung des naturellen Dienstes, gegen eine billige Geldbezahlung von sehr großem Nutzen ist.

So sehr es nun überhaupt die Pflicht und Schuldigkeit des Dienstherrn erfordert, seinen Dienstpflichtigen ihren Dienst nach Billigkeit zu erleichtern; eben so sehr ist es aber auch Pflicht von diesen, die ihnen dadurch bewiesenen Wohlthaten nicht zu mißbrauchen, und den Dienstherrn ohne Ursache nicht mit Beschwerden zu belästigen. Oft ist dieses so der Gebrauch, wovon nachfolgender Fall, Beweis abgiebt.

§. 2. Die Dienstpflichtigen einer gewissen Meyerey, beschwerten sich einige Zeit her, über den Pächter derselben, daß er sie zur Abfuhr

seines,

seines, auf den zu der Meyerey gar nicht gehörigen, von ihm neben her gepachteten Kornboden, eingesammleten Korns, ausser Landes zwinge; mit den Diensten keine Reihe halte, und dieselben nicht blos fürs Bedürfniß der Meyerey, sondern auch zur Bestellung eigener und sonst gepachteter Länderey gebrauche, sogar an Fremde verkaufe.

Zur Beylegung dieser Streitigkeiten, giebt die Dienstherrschaft eine billige, auch von den Dienstpflichtigen angenommene Erklärung dahin ab: „Daß die Dienste einzig und allein zur „Bestellung dieser Meyerey Länder, und sonstigen für diese Meyerey nöthigen Fuhren und „Dienste, wozu sie dem Meyerey Pächter verpachtet sind, zu gebrauchen; auch in Bestellung der Dienste, damit solche nicht auf wenige Dienstpflichtige gehäufet, und dieselben „nicht dadurch zu sehr gedruckt werden, Reiche „zu halten, und die dann jährlich überbleibenden Dienste, nicht zur Bestellung seiner des „Pächters privat, oder andern gepachteten Ländereyen zu gebrauchen, sondern dieselbe nach „der Kammer-Taxe, wenn sie die Dienstpflichtigen nicht freywillig, ausser den Bedürfnissen der Meyerey, leisten wollen, bezahlen „zu lassen. Denn soll, wenn der Pächter hiergegen handelt, und so Klage veranlasset, demselben überall von der Dienstherrschaft keine Assistenz oder Vertretung geleistet werden; wo hingegen auch die Dienstpflichtigen „schuldig seyn sollen, sowohl das auf der Meye-

„rey

„rey vorhandene, als das zum Herrschaftlichen „Kornboden gehörige Korn auch ausser Landes „zu fahren,“ welche hiernächst auch von dem Obergerichte bestätigt wird.

Diese Spanndienstpflichtigen übergeben einige Jahre nachher bey jenem Gerichte, eine beschwerende Anzeige, worin sie sich darüber beklagen, daß ihnen von dem Amte bey 5 Goldgulden Strafe befohlen sey, ein Fuder Korn für jenen Pächter ausser Landes zu fahren. Sie hätten dieses aber unterlassen, weil das zur Meyerey gehörige Korn längstens consumiret sey, und Implorat lauter fremdes Korn aufgekauft habe, das sie nach obigem gerichtlich bestätigten Vergleiche abzuführen, nicht schuldig wären.

Der Implorat stellt dagegen vor: Es sey keinem Zweifel unterworfen, und die Gegner räumten es auch selbst ein, daß sie schuldig wären, die auf der Meyerey erzielten Früchte in, und ausserhalb Landes zu verfahren, so wie es sich auch von selbst verstehe, daß sie, wenn er an dieser oder jener Art von Korn Mangel leide, oder es für nöthig halte, Saatkorn umzutauschen, zum An- und Wegfahren verpflichtet wären.

Die jetzige Angabe, daß das Korn, welches sie wegfahren sollten, aufgekauftes Korn wäre, sey völlig ungegründet; er könne behaupten, und nöthigen Falls beweisen, daß dieses Korn, wirklich eigenes auf der Meyerey erzieltes Korn sey. Zwar könne er zugeben, daß er eine ziemliche Quantität Früchte zusammengekauft,

kauft, hiezu wäre er aber nach der landesherrlichen Verordnung vom 31ten Jenner 1795, wegen Verbots des Branteweinsbrenner von einländischem Korn, verpflichtet, um seine Branteweinsbrennerey fortzusetzen. Die in dieser Verordnung bekannt gemachte Fruchtsperre, die hienächst erfolgte Saatzeit, so wie die Kriegesfuhren wären Ursache, weshalb er sein eigenes jetzt übrig habendes Korn, zu seinem Schaden nicht früher habe absetzen können. Diese Hindernisse wären nun nicht mehr da, und Imploranten schuldig, das auf der Meyerey erzielte Korn zu transportiren, zumal sie nicht würden leugnen können, daß sie jener Verhältnisse wegen, im letzt verflossenen Dienstjahre nur zwey Kornfuhren ausser Landes verrichtet, da sie vorher wohl drey bis vier hätten verrichten müssen.

Hierauf erfolgt der Bescheid: „daß, da „Imploranten ihre Angabe mit nichts erwiesen, „eine Vergleichswidrige Handlung nicht vermu„thet werde, dem Pächter auch nicht zuzumu„then sey, bey jedem kommenden Falle durch „ein Proceßverfahren sein Recht zu erkämpfen, „und sich von willkührlicher Meynung der „Dienstpflichtigen abhängig zu machen, Im„ploranten mit Vorbehalt der bereits verwirkten „Strafe, bey 20 Goldgulden anbefohlen wer„de, der ersten Bestellung zu diesen Fuhren „zu folgen; und bleibe ihnen übrigens der Be„weis ihres Anführens, mit allen sonstigen „Rechtszuständigkeiten bevor.“

Nach-

Nachdem die von den Imploranten, gegen diesen Bescheid eingelegte Interposition verworfen, ihnen jedoch freygestellt wurde, die angebliche Entgegenhandlung gegen obigen gerichtlichen Vergleich, ein- und auszuführen, stellen sie vor: Nach jenem Vergleiche solle der Pächter in Bestellung der Dienste Reihe halten, damit dieselben nicht auf Wenige, zu deren Bedruck gehäuft würden. Die alsdenn überbleibenden sollten nicht zu andern Zwecken gebraucht, sondern nach der Kammer-Taxe bezahlet werden.

Weder die Gutsherrschaft, noch der zeitige Pächter, befolgten dieses, indem verschiedene von den Spanndienstpflichtigen ihren Dienst mit Gelde bezahlten; wodurch natürlich die Last der übrigen, welche den Dienst in Natur leisteten, zu ihrem Ruin vermehrt würde. Ihre Bitte war, dem Imploraten anzubefehlen, jene Dienstpflichtigen zur natural Dienstleistung heran zu ziehen, und sie mit ihnen in gleiches Verhältniß zu setzen.

Auf diese Vorstellung, welche sowohl der Gutsherrschaft, als dem Imploraten, und zwar letztern zu seiner verantwortlichen Vernehmlassung mitgetheilt wurde, antwortet **Implorat:** Es sey wahr, daß verschiedene von seinen Dienstpflichtigen, nicht, wie sie sollten, ihre Dienste in Natur verrichteten; dies sey aber nicht seine Schuld, sondern der von ihm geschehenen Remonstration ungeachtet, so von der Gutsherrschaft verfügt. Es würde ihm lieb seyn,

seyn, wenn die Imploranten hierunter eine Abänderung bewirkten, weil er in die Nothwendigkeit gesetzt worden sey, jetzt mehr Pferde zu halten. Dem Imploranten könne indessen jenes Nichtleisten der Dienste keinen großen Schaden thun, weil sie gemessene Dienste hätten, und theils wöchentlich, theils eine Woche um die andere, ihre Dienste thäten. Keiner werde auch beweisen können, daß er Implorat die Dienste zur Bestellung seiner, zur Meyerey nicht gehörigen Ländereyen gebrauche, und fordere er überhaupt nichts, als was Schuldigkeit sey. Halsstarrigen und boshaften Weigerungen aber könne er nicht nachgeben.

Die Gutsherrschaft stellt ebenfalls vor: Die Imploranten würden keinesweges in ihrer gemessenen Dienstleistung prägraviret, wenn sie einigen von den entferntesten Dienstpflichtigen auf gewisse Jahre, zu ihrem bessern Emporkommen, die Geldzahlung nachlasse. Jene leisteten dadurch nicht mehr und nicht weniger Dienste, als sie sonst auch zu thun schuldig wären. Das Begehren der Imploranten sey also unstatthaft, weil sonst dem Dienstherrn die Hände würden gebunden seyn, einen herunter gekommenen Dienstpflichtigen wieder aufzuhelfen. Nach dem Vergleiche dürften nur die Dienste an andere nicht überlassen werden, welches hier nicht der Fall sey. — Die Schuldigkeit der Imploranten zur gemessenen Dienstleistung sey unbestritten, ihr Begehren also Rechts- und Ob-

Observanzwidrig, weil Einschränkung des Dienstherrlichen Eigenthums gefordert werde.

Dagegen führen Imploranten noch an: Die der Meyerey nachgegebene Verbindlichkeit der Spanndienstpflichtigen, ausserhalb Landes das Herrschaftliche Korn zu verfahren, sey an sich schon eine große Last. Gleichgültig könne es ihnen aber nicht seyn, wenn einigen von ihren Mitdienstpflichtigen, diese Last gegen Geldvergütung abgenommen, und also natürlich ihnen aufgebürdet würde. Sey es gleich wahr, daß durch die Abnahme dieser Dienste von ihnen, nicht mehr und nicht weniger Dienste des Jahrs geleistet würden, als sie hergebrachtermaaßen zu leisten schuldig wären; so würde doch die Last der auswärtigen Fuhren, welche Menschen, Pferde und Geschirr zu Grunde richteten, einzig auf sie gewälzt, welches bey größerer Concurrenz der Fall nicht seyn würde. Sie hätten einen rechtskräftig bestätigten Vergleich vor sich, auf den sie sich bezögen, und nach welchem die Gutsherrschaft zu keinen willkührlichen Verfügungen weiter befugt sey.

Worauf die Gutsherrschaft erwiederte: Es sey hier einmal von gemessenen Diensten die Rede; wo der Dienst als ein bestimmtes Ganze, von jedem Individuum geleistet werde, nicht aber von einer Societäts Dienstleistung, bey der der Ausfall einer oder mehrerer Personen, die Last der wenigen bleibenden vergrößere. Die hiesige Dienstordnung von 1664 mache das Ermessen des Dienstherrn in Rücksicht des Ge-

Gebrauchs unbezweifelt, wenn nur der Dienstherr weder die Quantität noch Qualität des Dienstes zum Bedruck der Dienstpflichtigen verändere.

§. 3. In dem hierauf abgegebenen Bescheide, wurden die Imploranten mit ihren Beschwerden abgewiesen, und in die Kosten verurtheilet, aus folgenden Gründen:

Die Gutsherrschaft hat zur Hebung der, von den Implorantischen Spanndienstpflichtigen, gegen den Imploraten geführten Beschwerden, sich, in sofern es den Gegenstand dieses Rechtsstreits betrift, dahin erklärt:

„Daß diese Dienste einzig und allein zur „Bestellung der Meyerey-Ländereyen, und „zu sonstigen für diese Meyerey nöthigen „Fuhren, wozu sie dem Meyerey-Pächter „verpachtet sind, zu gebrauchen, auch in „Bestellung der Dienste, damit solche „nicht auf wenige Dienstpflichtige gehäu„fet, und dieselben dadurch nicht zu sehr „gedruckt werden, Reihe gehalten, und „die dann jährlich überbleibenden Dienste „nicht zur Bestellung seiner, des Päch„ters privat, oder von andern gepachteten „Ländereyen gebraucht, sondern nach der „Kammer Taxe bezahlet werden; dem „Pächter auch, wenn er hiergegen handle, „und so Klage veranlasse, überall keine „Assistenz geleistet werden solle.“

Diese an sich und in ihrem Zusammenhange sehr billige, von den Spanndienstpflichtigen dafür

für anerkannte und angenommene Erklärung, hat durch die vom Gericht geschehene Bestätigung, die Kraft eines gerichtlichen Vergleichs erhalten, bey welchem es nachher auch gelassen ist. Nach diesem Verhältnisse scheint denn die, von den Imploranten vorgebrachte Beschwerde völlig gegründet zu seyn, indem ihrer, nach dem Eingeständnisse des Imploraten erprobten, Angabe nach, mehrere zu dieser Meyerey gehörigen Spanndienste, ihren Dienst mit Gelde bezahlen, also den Dienst in Natur nicht verrichten; durch welche Verminderung der Dienste denn begreiflicher Weise, wenn auch mit den überbleibenden Reihe gehalten wird, dennoch diese, die Imploranten öfterer wie sonst geschehn würde, träfe, und es also das Ansehn gewinnet, als wenn jener Vergleich, welcher es nicht will, daß die Dienste auf wenige Dienstpflichtige gehäuft, und dieselben dadurch zu sehr gedrückt werden, ganz von seiner so deutlich ausgedruckten Absicht entfernt werde, und für Imploranten die bezielte wohlthätige Wirksamkeit verliehre.

Es ist aber dennoch diese Lage der Sache nicht so geartet, daß das nachgesuchte Erkenntniß gegen die Gutsherrschaft damit begründet werden könnte. Denn

1) haben, nach dem Inhalt der Akten, die Imploranten ursprünglich nur, gegen den Pächter der Meyerey auf Abstellung mehrerer vermeyntlichen Mißbräuche geklagt, und unter andern darüber sich beschweret,

daß derselbe die zur Meyerey gehörigen Dienste, nicht blos für das Bedürfniß der Meyerey, sondern auch zur Bestellung seiner eigenen, und sonst gepachteten Ländereyen benutze, sogar solche an Fremde verkaufe.

Von der Gutsherrschaft, welche einer strengen Rechtserörterung sich überhob, ist dieses mißbilligt, und zur Sublevation der Spanndienstpflichtigen, die schon angezogene Erklärung erfolgt, daß jener Dienstleistung blos auf die Meyerey und den Herrschaftlichen Kornboden beschränkt, in übrigen aber bey der Bestellung Reihe gehalten werden sollte, und was jährlich an Diensten übrig bleibe, nach der Kammertaxe bezahlet werden sollte.

Offenbar ist hier demnach blos von denjenigen Diensten die Rede, welche dem zeitigen Pächter zu seiner Disposition überlassen sind, nicht aber von denjenigen, über welche die Gutsherrschaft schon selbst disponiret hat, oder worüber sie den eintretenden Umständen nach zu disponiren, nöthig oder zuträglich findet.

Die derselben als Eigenthümerin der Dienste rechtlich zustehende Befugniß

Struben de J. V. Cap. 4. §. 18, 19.

solche zu mildern, zu verlassen, ein Aequivalent an Gelde dafür anzunehmen, oder wenn es ohne Bedruck der Dienstpflichtigen geschiehet, als worüber nur diese allein

zu hören sind, selbige an andere Meyereyen zu verlegen; — diese Befugniß ist von den Imploranten vorher nie in Contestation gezogen, folglich auch jener Vergleich hierauf schlechterdings nicht zu erstrecken.

Nam transactiones super certis duntaxat controversiis, vel litibus, tametsi verbis generalibus initae, ad illas solas referuntur, nec ad alia, quae in lite haud fuere, extendi debeat

L. 31. C. de transact.

et quod illae sua natura strictissimi juris sunt,

Wernher T. 2. P. 10. Obs. 286.
Klock T. 1. Cons. 50. Nr. 43.

et si transactio, licet relationem ad litem habeat, tamen ad id non potest extendi, quod non in lite fuit.

ICti Tubing Vol. 1. cons. 5. Nr. 8.

Da nun auch

2) die Imploranten blos gemessene Dienste leisten, und es ihnen überall an Veranlassung sich zu beklagen fehlt, wenn sie zu weiter nichts als demjenigen, was ihre, in bestimmten Grenzen liegende Pflicht fordert, angehalten werden, übrigens aber dem Pächter der Meyerey, so wenig eine Contravention, des im Vergleich für ihn liegenden Regulativs, in Rücksicht des hier in Frage stehenden Objects beschuldigt, als solche erweislich gemacht haben, mithin

der erhobenen Klage durchaus kein rechtlicher Grund zur Seite stehet: so ist, wie in dem Urtheil geschehen, billig erkannt worden.

§. 4. Einige Zeit nach diesem Erkenntnisse, kamen die Dienstpflichtigen wiederum gegen den Pächter mit der Beschwerde ein, daß er sie zum Wegfahren des vielfältig aufgekauften Korns gebrauche; und weil er dieses in Abrede stellte, bestanden sie auf die Edition, seiner, das Jahr vorher geführten, Haushaltungs-Register, und daß er aus denselben zeige, wie viel er von jedem Korn eingeerndtet, wie viel daraus gedroschen, wie viel des Jahrs zur Brantweinsbrennerey, Bierbrauerey, zur Consumtion der Haushaltung verbraucht werde, und werden müsse, wie viel davon an andere nahe belegene Ortschaften im Kleinen und Großen abgesetzt worden, und wie viel von ihnen vor der letzten Fuhr, in und ausser Landes transportiret worden sey. Dann werde sich am besten daraus zeigen, wie er sie Judicatswidrig zu seinem privat Interesse mißbraucht habe.

Da nun Beklagter sich zu der verlangten Edition seiner Haushaltungs-Register nicht verstehen wollte, indem diese mit den Rechten streite,

L. 4. C. de edendo

er kein gedungener Rechnungsführer der Kläger sey, und nicht nöthig habe den Dienstpflichtigen Rechnung abzulegen, sie daher ihr unwahres Vor-

Vorgeben auf eine andere Art erweisen müßten, so wurden sie mit der verlangten Edition der Haushaltungs-Register aus folgenden Gründen abgewiesen:

Die Gesetze sprechen der Regel nach, den Beklagten von der Verbindlichkeit dem Kläger Urkunden auszuantworten, ganz frey,

L. 4. C. de edendo.
Stryk U. M. Lib. 2. Tit. 13. §. 17.
Lauterbach Coll. theor. pract. Lib. 2. Tit. 13. §. 31.
Pütters Rechtsfälle, B. 3. Dec. 266. Nr. 7.

welche Regel denn im vorliegenden Falle, um so mehr Anwendung findet, da die Kläger den Grund ihrer Klage keinesweges schon auf andere Art ziemlich dargethan haben, mithin der Haushaltungs-Register sich nicht etwa zur Vervollständigung ihres Beweises, sondern zur alleinigen Begründung desselben bedienen wollen;

Berlich P. 1. Concl. 45. Nr. 60.
Danz Grundsätze des gem. ordent. bürgerl. Processes §. 318.

überhaupt auch der Beklagte, in ein, seinem Interesse offenbar nachtheiliges, höchst lästiges Verhältniß gesetzt werden würde, wenn er den Klägern, so oft sie eine ihnen angesonnene Fuhr ins Ausland verdächtig finden möchten, seine Register vorlegen, mit dem ganzen Detail seiner Haus- und landwirthschaftlichen Einrichtung sie bekannt machen, solche ihrer unbefugten Kritik unterwerfen, und wohl gar verbindlich

lich gemacht werden sollte, mit ihnen darüber einen Rechtsstreit zu führen; wie er zum Beyspiel sein Gesinde verpflegen, seinen Acker bestellen, sein Vieh füttern müsse, um darnach die Consumtion der Haushalt, und die Quantität des für die auswärtige Versilberung übrig bleibenden Getreydes, zu bestimmen.

Und eben diesen, wirklich Vernunftswidrigen, die wesentlichsten Rechte des Eigenthums so hart eingreifenden, Erfolg, wollen die Kläger nach ihrer deutlich veroffenbarten Absicht, mit der begehrten, schon dieserhalb unzulässigen Edition verbinden

von Thevenar Theorie der Beweise im Civil-Processe S. 164. Nr. 4.

---

453. Meditation.

Welche Wege, die über ein, nach einem bestimmten Maaße verkauftes, Grundstück gehen, werden zu diesem Maaße mitgerechnet? und wie verhält es sich hiemit bey der Theilung eines Grundstücks?

§. 1.

Die Wege theilet man gewöhnlich ein, in öffentliche- und privat Wege, und erstere wieder in Gemeinde-Wege und Landstraßen. Unter den Gemeinde-Wegen sind die Dorf- und Feldwege mit begriffen. Von den privat We-

Wegen heißt es in dem §. 23. der L. 2. ff. ne quid in loco publ. vel itin. fiat, daß man darunter verstehen könne, theils solche Wege, die vermöge einer Servitut einem Grundstücke ankleben, und also in dieser Hinsicht von einem andern gebraucht werden können; theils solche Wege, die von den Heerstraßen über andere Grundstücke laufen, und welche ein jeder zum Gehen gebrauchen kann. Diese letztern Wege werden nach diesem Gesetze auch zu den öffentlichen Wegen gerechnet.

Der §. 21, 22 und 23. des oben angeführten Gesetzes beschreibt die Wege so:

Viam publicam eam dicimus, cujus etiam solum publicum est; non enim sicuti in privata via, ita et in publica accipimus. Viae privatae solum alienum est, jus tantum eundi et agendi nobis competit: viae autem publicae solum publicum est, relictum ad directum certis finibus latitudinis ab eo, qui jus publicandi habuit, ut ea publice iretur, commearetur. Viarum quaedam publicae sunt, quaedam privatae, quaedam vicinales. *Publicas vias* dicimus quas Graeci βασιλικάς i. e. *regias*, nostri praetorias, alii consulares vias appellant. *Privatae* sunt, quas agrarias quidam dicunt. *Vicinales* sunt viae, quae in vicis sunt, vel quae in vicos ducunt. Has quoque publicas esse quidam dicunt, quod ita verum est, si non ex collatione privatorum hoc iter constitutum est; aliter atque

que si ex collatione privatorum reficiatur. Nam si ex collatione privatorum reficiatur, non utique privata est: refectio enim id circo de communi fit, quia usum utilitatemque communem habet.

Privatae viae dupliciter accipi possunt, vel hae, quae sunt in agris, quibus imposita est servitus, ut ad agrum alterius ducant; vel hae, quae ad agros ducunt, per quas omnibus permeare liceat, in quas exitur de via consulari; et sic post illam excipit via, vel iter, vel actus ad villam ducens; has ergo, quae post consularem excipiunt in villas, vel in alias colonias ducentes, putem etiam ipsas publicas esse.

§. 2. Die Frage: Ob beym Verkauf eines Grundstücks nach einem gewissen bestimmten Maaße, auch die darüber gehenden Wege, zu dem Maaße mitgerechnet werden? z. B. ein Feld hält 20 Scheffel Saat, die darüber gehenden Wege nehmen davon $\frac{1}{2}$ Scheffel Saat weg, muß nun der Käufer $19\frac{1}{2}$ oder die 20 Scheffel, voll bezahlen? wird gewöhnlich dahin entschieden, daß die öffentlichen und nachbar Wege nicht, wohl aber die privat Wege zu dem Maaße mitgerechnet werden *). Für diese

*) *Leyser* Sp. 206. med. 10. *Püttmann* Miscellaneorum ad jus pertinentium Specimen 4. Cap. 13. Klübers kleine juristische Bibliothek, 4ter Band. Seite 380.

diese Behauptung wird angeführt, die L. 51. ff. de contr. emet. und die L. 7. §. 1. ff., de peric. et com. rei vend.

In dem ersten Gesetze heißt es:

Littora, quae fundo vendito conjuncta sunt, in modum non computantur, quia nullius sunt, sed jure gentium omnibus vacant; nec *viae publicae*, aut loca religiosa, vel sacra. Itaque ut proficiant venditori, caveri solet: ut viae, item littora et loca publica in modum cedant.

Das zweyte Gesetz sagt hievon dieses:

Quod venditur, in modum agri cedere debet, nisi si id actum est, ne cederet. At quod non venit in modum cedendum, si id ipsum est, ut cederet, veluti *viae publicae*, limites, luci qui fundum tangunt. Cum vero neutrum dictum est, cedere non debet; et ideo nominatim caveri solet: ut lūci, viae publicae, quae in fundo sint, totae in modum cedant.

§. 3. Wenn man bey Entscheidung der vorhin aufgeworfenen Frage, solche privat Wege mit zu dem Maaße rechnet, welche einem andern vermöge einer Servitut über das zu verkaufende Grundstück zu stehen, so läßt sich dawider wohl schwerlich etwas erinnern; weil ein Käufer jedes Grundstück mit den darauf haftenden Dienstbarkeiten annehmen muß; der Verkäufer schuldig ist, sie ihm vorher bekannt zu machen, und der Käufer also bey Bestimmung

des Kaufwerths darauf Rücksicht nehmen kann und wird.

Wollte man aber unter den privat Wegen, auch solche Feldwege verstehen, die einem jeden zu gebrauchen frey stehen, so würde man unstreitig zu weit gehen, und selbst wider die Gesetze anstoßen; da nach dem §. 23. des angeführten zweyten Gesetzes ne quid in loco publ. vel itin. fiat dergleichen Wege — so wie nach der L. 3. ff. de locis et itin. publ. *) die nachbar Wege — zu den öffentlichen Wegen mit gerechnet werden.

§. 4. Daß aber ausser dem Kauf allgemein der Satz: daß dergleichen privat Wege, welche vermöge einer Servitut über ein Grundstücke gehören, zu dem Maaße gerechnet werden müssen, — richtig sey, daran zweifeln wir. Wir wollen annehmen, es soll ein Grundstück unter zwey Personen nach der Größe getheilet werden, und zwar so, daß ein jeder von demselben einen bestimmten Theil bekommt. Ueber den an A. zugefallenen Theil, hat der Nachbar die Weggerechtigkeit zu Fuße und zu Pferde; soll sich denn A. diesen Weg zu seinem Maaße mit anrechnen lassen? Das glauben wir nicht, und einer rechtlichen Billigkeit würde auch,

*) Viae vicinales; quae ex agris privatorum collatis factae sunt, quarum memoria non extat, publicarum viarum numero sunt.

auch, die entgegengesetzte Meynung gar nicht angemessen seyn. Dann jener Weg kann dem A. keinen Nutzen bringen, vielmehr bringt er ihm Schaden. Sollte er ihm also noch gar zu dem Maaße mit angerechnet werden, so würde offenbar eine nicht unbedeutende Verletzung daraus für ihn entstehen.

Die im 2ten §. angeführten beyden Gesetze, stehen uns hier auch nicht im Wege. In diesen ist nur vom Kaufe die Rede, und bey demselben sollen bloß öffentliche Wege, an dem Maaße abgerechnet werden. Allein beym Kaufe tritt nicht das Verhältniß ein, wie bey einer Theilung. Kaufe ich etwas, so bestimme ich natürlich den Werth eines Grundstücks, nach den auf demselben haftenden Lasten; soll aber ein Grundstück nach der Größe getheilet werden, so kann ohne Verletzung der Theil davon nicht in Anrechnung kommen, der blos zu Wegen — gleich viel zu öffentlichen oder privat Wegen — gebraucht wird, keineswegs aber zur Cultur genutzt werden kann.

---

454. Meditation.

Ein Rechtsfall über die Verbindlichkeit zur Gewährleistung, wenn bloß antichretisch untergehabte Grundstücke, an einen andern verkauft, von diesem wiederum an einem Dritten käuflich abgetreten sind, und nachher von dem Erben des Pfandschuldners diese Grundstücke von dem dritten Besitzer vindiciret und eingelöset worden.

§. 1.

Ein gewisser Bürger *A.* versetzte vor etwa 80 Jahren, an verschiedene andere Bürger, 15 Scheffel Saat Land für 190 Rthlr. Durch Ausbezahlung dieser Versatzgelder brachte der verstorbene Bürger *B.* diese Ländereyen an sich, und verkaufte sie nachher, mit noch 3 Scheffel Saat Land, an seinen Vetter *D.* für 380 Rthlr. unter dem Beding des respective Rück- und Vorkaufs von 6 zu 6 Jahren. Mit Genehmigung des Bürgers *B.* überläßt hierauf dieser *D.* nach einem im Jahre 1787 abgeschlossenen Vertrage, dem Meyer *H.* jenes gesammte Land auch für 380 Rthlr. dergestalt, daß derselbe, mit Beybehaltung der im Kontrakte zwischen *B.* und *D.* festgesetzten Bedingungen, die Ländereyen von Martini 1788. übernehmen, zwölf Jahre nutzen,

nach

nach Ablauf dieser Zeit aber, und wenn dieser Kontrakt nicht erneuert würde, gegen Zurückzahlung der 380 Rthlr. wieder abtreten solle.

Ein Enkel des antichretischen Schuldners, der Bürger *W*. will im Jahre 1789 die von seinem verstorbenen Großvater versetzten Ländereyen wieder einlösen und erhebt deshalb Klage, gegen den Besitzer derselben, den Meyer *H*.

Dieser erkläret: er habe das Land nicht erblich gekauft, besitze solches nur Namens des Bürgers *D*., an den er sich lediglich halte, müsse also den Kläger an diesen verweisen, und wenn solches nicht statt finde, ihm doch litem denunciiren. Wogegen dieser auf jene, ihm zur Vertretung des Litis-Denunciaten, oder sonstigen Nothdurftsverhandlung mitgetheilten Erklärung erwiedert: er wisse von diesen, in Anspruch genommenen, Ländereyen keinen Bescheid; so wie sein Vetter der Bürger *B*. ihm solche verkauft, also zur Gewährleistung verbunden sey, so müsse er auch demselben hauptsächlich überlassen, die ganze Sache mit dem Kläger auszumachen.

Hierauf wird der Beklagte *H*. zwar zur Abtretung des Landes, gegen Empfangnehmung der Versatzsumme, an dem Kläger *W*. angewiesen, ihm jedoch sein Regres gegen seinen Contrahenten *D*. vorbehalten.

Auf die nachher von dem Bürger *H*. gegen *D*. angestellte Regresklage, erkläret dieser, daß ihn die Sache puncto regressus gar nicht treffen könne, indem er an *H*., bloß seine, in Rücksicht jener Ländereyen, an den Bürger *B*. habenden Rech-

Rechte, mit des letztern Bewilligung übertragen habe; denselben also diesen, oder jetzt dessen Erben ex novatione eigentlich zu Hauptcontrahenten habe, an welche er sich puncto evictionis halten müsse. Von welcher Art und Qualität diese Rechte gewesen, komme in concreto als relevanter Satz nicht zur Entscheidung, weil Kläger mit diesen Rechten, so wie er Beklagter sie im Besitz gehabt, zufrieden gewesen sey. Er habe durch Abtretung dieser Rechte das geleistet, was er zu prästiren verpflichtet gewesen. Hätte ein Dritter an diesen Rechten, so weit sie das zwischen ihm Beklagten und dem Bürger *B.* bestehende Verhältniß concernirten, Ansprüche gemacht; z. B. der Dritte behauptet, er habe ihm die Rechte früher, als dem Kläger cediret, und folglich sie ihm verschaffen müssen, und wäre er judicatmäßig hierauf condemnirt: so müsse er allerdings Eviction prästiren. Eben so auch, wenn er gar keine Rechte von dem Bürger *B.* überkommen, also eine rem plane non existentem zur Vereinbarung mit Kläger gemacht habe. Dies sey der Fall aber nicht, vielmehr nur davon die Rede: ob vermöge der, von ihm, dem Kläger übertragenen an dem Bürger *B.* habenden Rechte, jener nunmehr gegen diesen oder dessen Erben, aus der Person des Beklagten Regres-Ansprüche formiren könne, überlasse man seiner eigenen Beurtheilung, da ihm keine bestimmte, also keine Regres-jura übertragen wären. Er sey in dieser Sache, durch die vorliegende Novation außer aller Verbindung gesetzt, und zu weiter

ter nichts verbunden zu halten, als was er bereits prästiret.

Unrichtig wolle ihm Kläger zum Verkäufer jener Ländereyen machen, und behaupten, daß er ihm solche eigenthümlich übertragen habe. Das fordere einen stringenten Beweis, wobey ihm der Gegenbeweis der Cession zustehe Der Bürger *B.* habe den Kläger zum Creditor an- und dieser so die Antichresis in Besitz genommen.

Der Kläger dagegen versetzte: nach den, bey der Eviction eintretenden, Grundsätzen müsse, wenn seine Sache durch einen Dritten evinciret werde, sein Auctor die gebührende Eviction leisten. Dies sey hier der Fall, da er vom Gerichte, aus dem Besitze der, dem Bürger *W.* zuerkannten Grundstücke, durch einen rechtskräftigen Bescheid gesetzt worden sey! Beklagter sey allerdings, seinem eigenen Aktenmäßigen Geständniße nach, derjenige der ihm diese Ländereyen verkaufet habe, nicht aber der Bürger *B.* Jura cessa habe er nicht von ihm erhalten, dies sey nicht bewiesen worden, es militire auch keine Vermuthung dafür. Er halte sich an Beklagten, und diesem stehe es wieder frey, sich an den Bürger *B.* jetzt dessen Erben zu regressiren.

§. 2. Hierauf folgte der Bescheid: daß Beklagter nichtigen Einwendens ungehindert, dem Kläger zur Leistung der Gewähr, in Rücksicht der ihm entwähren 15 Scheffel Saat Land, für verbunden zu achten, derselbe also mit Verurtheilung in die hiedurch verursachten Kosten, schul-

schuldig zu erkennen sey, sich auf die von Kläger in seiner Gegenvernehmung gezogene Berechnung, innerhalb 4 wöchiger Frist, unter dem Präjudiz gehörig einzulassen, daß solche im widrigen Fall für richtig und eingestanden angenommen, und darnach ferner erkannt werden solle, was Rechtens.

Entscheidungsgründe.

Nach dem Protokoll vom 5ten Febr. 1789 hat der jetzige Kläger *H.* den von dem verstorbenen Bürger *B.* und dem Bürger *D.* am 22ten April 1773 abgeschlossenen Kontrakt beygebracht, nach welchem jener, an diesen 18 Scheffel Saat Land, unter welchen auch die hier in Frage stehenden, von den Bürger *W.* nachher vindicirten 15 Scheffel Saat Land mit begriffen waren, für die Summe von 380 Rthlr verkauft hat; beyde Theile jedoch von 6 zu 6 Jahren, mit vorbehaltener halbjähriger Loose, den respective Rück- und Vorkauf sich ausbedungen haben. Es hat der Kläger ferner nach dem nemlichen Protokolle, einen von gedachten beyden Contrahenten und drey Zeugen unterschriebenen Schein vom 27ten Febr. 1787 produciret, und dabey angezeigt: daß er dem Bürger *D.* jetzigen Beklagten, die in vorerwähnten Wiederkaufskontrakte enthaltene Summe von 380 Rthlr. auf die Bedingung zurückbezahlet habe, daß er die Länderey dafür auf Martini 1788 unternehmen, und 12 Jahre lang auf die Art, wie es in jenem Kontrakte verabredet sey, nutzen; nach Ablauf dieser Zeit aber, und wenn der Kontrakt nicht erneuert werde, die aus-

ausbezahlten Gelder zurückbekommen solle. Da er nun hiernach die befragten Ländereyen nicht erblich gekauft, sondern solche eigentlich nur in Namen des jetzigen Beklagten Bürgers *D.* inne habe, und besitze: so könne er sich auch auf den Anspruch des Bürgers *W.* nicht einlassen, sondern müßte selbigen an den Bürger *D.* jetzigen Beklagten und an den Bürger *B.* verweisen, und wenn das so nicht statt finde, selbigen doch litem denunciiren.

Obwohl nun dieses Protokoll auch dem Beklagten zur Vertretung des Meyers *H.* als Litis-Denuncianten, oder zur sonstigen Nothdurftsverhandlung communiciret, derselbe auch in Gemäßheit dieses Bescheides in dem angesetzten Termin erschienen ist: so hat er doch so wenig gegen jenen Vortrag des Klägers, noch gegen dessen Erklärung: daß er sich lediglich an ihn den Beklagten halte, das mindeste erinnert, mithin das vom Kläger so angegebene Verhältniß der Sache, mit den daraus für ihn resultirenden Pflichten zur Gewährleistung, gerichtlich eingestanden.

Non confeſſio judicialis eſt, quando litigator adſertionibus adverſarii in judicio non contradicit.

Leyſer ſp. 473. med. 8.

Welches Geständniß denn auch nicht bloß für ein stillschweigendes, sondern für ein bestimmtes und ausdrückliches deswegen im vorliegenden Falle anzusehen ist, weil der Beklagte in seiner Beantwortung unumwunden erklärte: wie er seinem Vetter dem Bürger *B.*, der ihm zur Ge-

währleistung verbunden sey, die Führung des ganzen Processes überlasse, — hiernach also das rechtliche Verhältniß, worin er mit dem Bürger *B.* stand, und die Wahrheit der Sache, wie der Litis-Denunciant sie angegeben hatte, außer Zweifel stellte; für diesen demnach einen vollen Beweis begründete.

von Thevenar Theorie der Beweise im Civil Processe, S. 76.

Danz Grundsätze des gemeinen ord. bürg. Processes §. 299.

Es liegt aber auch die, dem Beklagten obliegende, Pflicht zur Gewährleistung in der, aus dem Zusammenhange der Sache sich veroffenbarenden Eigenschaft des vorliegenden Geschäfts selbst. Wenn weiland Bürger *B.* die befragten, bloß antichretisch unterhabenden Ländereyen dem Beklagten verkaufte; so benahm er mit dieser Handlung zwar dem Eigenthümer, sein auch geltend gemachtes Recht zur Einlösung nicht; der Handel galt aber doch unter den Contrahenten, und hatte ersterer in Rücksicht des Kaufes alle Pflichten gerade so zu erfüllen, als wenn er sein Eigenthum verkauft hätte.

L. 11. §. 8. ff. de act. emt.

L. 28. ff. de Contrah. emt.

Westphal Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf ꝛc. Kontrakt. §. 72 folg.

Durch den, unter diesen Personen abgeschlossenen, Wiederkaufs Kontrakt gieng also ein widerrufliches Eigenthum auf den Käufer, den Beklagten *D.* über, und damit auch das Recht

stante

stante pacto retrovenditionis, über die in Frage stehenden Ländereyen, als Eigenthum zu disponiren, und solche anderweitig zu alieniren.

Stryk Us. med. Tit. de contrah. emt. vend. §. 57.

Dieses Rechts bediente er sich denn auch, wie er am 27ten Febr. 1787 mit dem jetzigen Kläger einen neuen Wiederkaufs Kontrakt abschloß, wozu es überhaupt der Einwilligung des Bürgers *B.* nicht bedurfte; und wenn dieser gleich den Kontrakt mit unterschrieb, so geschah das sichtlich nur deswegen, weil der erste Kontrakt vom 22ten April 1773 nur auf 6 Jahre, der letztere vom Jahr 1787 hingegen, auf 12 Jahre sich erstrekte; diese Ausdehnung des Reluitions Termins also dessen Genehmigung erforderte.

Hier liegt demnach ein Wiederkaufs Kontrakt, und keine Cession zum Grunde; und wäre dieses auch, wie doch schlechterdings nicht erwiesen ist, der Fall, so würde dennoch eine ganz unverkennbare Pflicht zur Gewährleistung für den Beklagten eintreten, weil er nicht bloß für die Richtigkeit der Forderung an den Bürger *B.*, sondern auch für die Richtigkeit der dem Kläger übertragenen Eigenthumsrechte haften mußte; indem der Cedent, wenn er ein Verkäufer ist, oder sonst titulo oneroso die Cession gethan hat, dem Cessionarius billig dafür einstehet, daß dieser für sein Geld oder sonstigen Werth auch wirklich etwas erhalte.

Westphal am a. O. §. 832. S. 622.

Die Unstatthaftigkeit der dem Kläger übertragenen Eigenthumsrechte, hat sich aber durch den Erfolg der von dem Bürger *W*. angestellten Vindikationsklage genugsam erprobet.

Die Klage welche nach nun erfolgter Entwährung der befragten Ländereyen, des Regresses wegen erhoben wird, ist also die Klage ex emto, und da diese aus dem Kontrakte entspringet, mithin bloß persönlich ist, so folgt von selbst, daß wenn der Käufer die Sache wieder verkauft hat, und die Entwährung geschiehet, dieses Käufers sein Käufer, nicht gegen den Verkäufer seines Verkäufers klagen könne, weil er mit diesem nicht kontrahiret hat; sondern sich an seinen eigenen Verkäufer halten müsse,

Westphal am a. O. § 310 S. 249.

Pufendorf Tom. 2. Obs. 35 § 22.

wenn dieser nicht sein Recht gegen den Entferntern cediret, und der Denunciant diese Cession freywillig angenommen hat,

Wernher P. 9. Obs. 28.

welches jedoch im vorliegenden Fall nicht geschehn ist.

Da nun der Kläger, als vormaliger Beklagter, der gesetzlich ihm obliegenden Verbindlichkeit, dem jetzigen Beklagten als seinem zu Leistung der Gewähr verbundenen Auktor, von dem, gegen ihn erregten, Rechtsstreite gehörige Nachricht zu ertheilen, sich entledigt, dieser aber erkläret hat, daß er die Führung des Rechtsstreites, seinem Anktor weiland Bürger *B*. lediglich überlaße; dem Kläger als Denuncianten demnach so wenig über-

überhaupt, als in besonderer Rücksicht auf Versäumniß der Rechtsmittel gegen die gekommenen Erkenntniße, und die Art ihrer Vollziehung, ein Vorwurf gemacht werden kann; so hat wie geschehn, billig erkannt werden müssen.

---

455. Meditation.

Die Behauptung, daß der Verkäufer den Schaden tragen müsse, wenn die gekaufte Sache wegen eines alten Fehlers zu Grunde geht, findet in manchen Fällen Einschränkung.

§. 1.

Es ist eine bekannte, und auch in den Gesetzen *a*) gegründete Wahrheit, daß bey einem, vollkommen abgeschlossenen Kauf, der Käufer den Schaden, welcher sich nachher an der gekauften Sache durch einen Zufall zuträgt, leiden muß, selbst auch dann, wenn ihm diese Sache noch nicht übergeben worden ist; z. B. die gekaufte Kuh, das gekaufte Pferd crepiret, ehe es abgeliefert ist; so muß der Käufer diesen Unglücks-

a) §. 3. I. de emt. vend. L. 1, 7, 8 ff. L. 1. C. de periculo et commodo rei vend.

glücksfall tragen. Von dieser Regel giebt es aber einige Ausnahmen, und zu diesen gehöret der Fall, wenn die gekaufte Sache, wegen eines, schon zur Zeit des Kaufs vorhanden gewesenen, Fehlers zu Grunde gehet *b*) z. B. das gekaufte Vieh crepiret an einem alten Fehler. Hier muß der Verkäufer den Schaden tragen.

§. 2. So gegründet nun gleich diese Ausnahme ist, so kann es doch auch Fälle geben, in welchen sie allerdings näher bestimmt und eingeschränkt werden muß, wenn man nicht offenbar unbillig gegen den Verkäufer seyn will. Zu solchen Fällen würde gehören, wenn der Käufer wider den Zweck des Handels, die gekaufte Sache, auf eine andere Art benutzt, oder die Benutzung verzögert, u. s. w. und dann in dieser Zeit die Sache aus einem alten Fehler zu Grunde geht.

Wir wollen von beyden Fällen, Beyspiele anführen. *A.* kauft von *B.* eine feiste Kuh zum Schlachten, weil sie aber trächtig ist, so schlachtet er sie nicht, sondern läßt sie auf der Weide gehen. Beym Werfen des Kalbes crepiret die Kuh, und wie bey der Oefnung sich zeigt, an einem alten, schon zur Zeit des Handels gehabten Fehler. Oder *A.* kauft von *B.* zwey feiste Kühe zum Schlachten, und verspricht die beyden Kühe eine nach der andern, innerhalb 8 Wochen

b) L. 1, 6. C. de peric. et comm. rei vend.

chen abzunehmen. Weil die eine Kuh von diesen, trächtig ist, so giebt der Verkäufer, dem Käufer beym Abholen der ersten Kuh, den Rath, die trächtige Kuh zu nehmen; indem diese die fetteste sey, vor Ablauf der 8 Wochen wahrscheinlich schon werfen werde, und beym Werfen wegen ihrer Fettigkeit leicht Schaden leiden könne. Der Käufer aber kehrt sich nicht daran, sondern nimmt die andere Kuh. Vor Ablauf der 8 Wochen krepiret die Kuh während des Werfens, ungeachtet der Verkäufer die nöthige Hülfe dabey nicht versäumet hat, und wie es sich bey der Oefnung zeigt, ist der Tod durch einen alten, vor dem Verkauf schon gehabten, Fehler veranlasset.

Da nun in dem ersten Falle, der Käufer die Kuh nicht zu dem Behuf, wozu er sie gekauft, benutzt hat; und in dem zweyten Falle die Benutzung und das Schlachten der trächtigen Kuh von ihm verzögert ist; in beyden Fällen also der nachher entstandene Schade, ob gleich ein alter Fehler dabey zum Grunde liegt, durch seine eigene Schuld veranlasset ist; so halten wir dafür, daß hier nicht der Verkäufer, sondern der Käufer diesen Schaden stehen, und jene Ausnahme in dergleichen Fällen allerdings eingeschränkt werden müsse.

456. Meditation.

Die Beweisfrist fängt von Zeit der Rechtskraft des Urtheils an zu laufen, selbst wenn in demselben dem Beweisführer dabey annoch etwas zu bewerkstelligen auferlegt ist.

§. 1.

Nach dem gemeinen Processe fängt bekanntlich der, zur Führung des Beweises entweder durch die Gesetze vorgeschriebene, oder von dem Richter bestimmte, Termin von der Zeit an zu laufen, da das Urtheil, in welchem er erkannt, rechtskräftig geworden ist. Diese Regel findet auch dann Anwendung, wenn jemand wider das Urtheil interponiret, und nachher die Intepostion nicht fortgesetzt hat. z. B. in dem Urtheil ist zum Beweise eine vier wöchentliche Frist festgesetzt; derjenige aber dem der Beweis auferlegt ist, interponiret dagegen, verfolgt jedoch die Interposition nicht, so fängt die Beweißfrist, nach Ablauf des zur Interposition bestimmten Fatale erst an zu laufen.

Da hiedurch vielfältig die Processe muthwilliger Weise in die Länge gezogen werden; so ist in den hiesigen Fürstlich Lippischen Landen *a*) verord-

a) Kanzley-Ordnung von 1728. § 16. Verordnung wegen der Advokaten vom 16ten Jul. 1776. § 6.

ordnet: „daß wenn in einem Urthel oder Be„scheide eine Beweisfrist angesetzt, und dagegen „interponiret worden, der Advokat aber noch „nicht instruiret ist, ob er den Beweis anzutre„ten, oder die Interposition zu verfolgen habe, „derselbe auch während dem hiezu bestimmten „Fatale, die Prorogation der etwa angesetzten „kürzern Beweisfrist, die allemal von Pu„blikation des Urthels anzurechnen ist, „nachsuchen, und wenn dies nicht geschieht, und „auch die Interposition nicht fortgesetzt wird, folg„lich das Urthel rechtskräftig geworden ist, der „darin auferlegte Beweis, wozu die Frist in„zwischen abgelaufen ist, jedoch salvo regressu „wider den Advokaten, für erloschen erkannt wer„den solle."

§. 2. Die gemeine Regel aber, daß nemlich die Beweisfrist von Zeit der Rechtskraft des Urtheils, in welchem auf den Beweis erkannt ist, ihren Anfang nehme, muß, in Ermangelung besonderer Landesgesetze, immer als Norm gelten, und kann dagegen, wie einige Rechtsgelehrte *b*) ohne allen Grund gethan haben, die Ausnahme nicht gemacht werden: daß nemlich alsdann, wenn dem Beweisführer in dem Urtheil an-

b) Ludovici Einleitung zum Civil Proceß Kap. 15 § 8. Fredersdorf Anweisung für angehende Justiz Beamte B. 2. Th. 2. Abschnitt 2. § 36. S. 13. *Berlich* P. 1. concl. 38 nr. 28. Wehrn Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen § 57.

annoch etwas zu bewerkstelligen auferlegt worden ist, als Vorstand zu leisten, Vollmacht beyzubringen ꝛc., die Beweisfrist nicht von der Zeit des rechtskräftigen Erkenntnisses, sondern von der Zeit an, da der Beweisführer das ihm Aufgegebene bewerkstelligt hat, gerechnet werde.

Einen Grund, auf welchen sich diese Ausnahme stützen soll, finden wir nicht angeführt; und wir sehen auch keinen hinlänglichen Grund, der diese Ausnahme geltend machen könnte. Eine einmal angenommene Regel ohne Ursach einzuschränken, dazu haben wir keine Befugniß, am wenigsten wenn diese Einschränkung offenbar nachtheilige Folgen hervorbringt. Dies würde sie aber hier thun, und zu der, ohnehin schon oft beklagten, Verzögerung der Processe Veranlassung geben, wenn wir die Beweisfrist erst von der Zeit zu rechnen anfangen wollten, da der Beweisführer, das ihm Aufgegebene bewerkstelligt hat. Dann hienge es großentheils von dem Beweisführer selbst ab, wenn er den ihm aufgegebenen Beweis antreten wollte. Solche Willkühr dürfen wir aber, bey der sonst strenge verordneten Wahrung der Beweisfristen, dem Beweisführer in diesem Falle keinesweges verstatten *c*).

c) Dieses behauptet auch *Leyser* in spec. 258. med. 7, 8. Knorr Anleit. zum Proceß B. 1. Hauptst. 9 § 8. *Koch* Diss. de initio termini probatorii § 9. Danz Grundsätze des gemein. oder bürg. Processes § 265 S. 400.

457. Meditation.

Die arrha sponsalitia kann nicht wieder zurück gefordert werden, wenn die Braut, oder der Bräutigam vor der Hochzeit stirbt.

§. 1.

A. habe sich mit der B. verlobt, und derselben am Tage der Verlobung verschiedene Geschenke gemacht, deren Werth sich über 250 Rthlr. belief. Nicht lange nach der Verlobung starb die Braut. Der Bräutigam, welcher jene Geschenke nicht in den Händen der Erben der Braut lassen wollte, forderte solche von denselben wieder zurück, und weil diese sich dazu nicht verstehen wollten, stellte er deßhalb eine Klage wider jene an.

§. 2. Den Grund seiner Klage setzte er in der *L. 3. C. de sponſ.* und der *L. 16. C. de denat ante nupt.* wie auch in den Meynungen verschiedener Rechtsgelehrten, *a)* die in einem sol-

a) *Schiller* ex 30. §. 33. *Beuſt* de jure connubiorum Part. 1. Cap. 6. *Esbach* ad Carpz. Part. 3. conſt. 19. def. 13. *Lauterbach* de Arrha Sect. 5. §. 142. *Brunnemann* ad L. 3. C. de ſponſal. *Richter* Part. 3. dec. 147. *Lynker* Part. 3. dec. 1039.

solchen Falle, die Erben zur Herausgabe der Geschenke verpflichtet halten.

Käme es hier blos auf jene Gesetze an, so würde freylich die Weigerung der Erben ohne allen Grund seyn. Denn so heißt es im erstern Gesetze:

Arrhis sponsaliorum nomine datis, si interea sponsus vel sponsa decesserit, *quae data sunt jubemus restitui*, nisi causam ut nuptiae non celebrarentur, defuncta persona jam praebuit.

§. 3. Das zweyte Gesetz *b*) redet eigentlich von solchen Geschenken, die der Bräutigam der

b) Si a sponso rebus sponsae donatis interveniente osculo, ante nuptius hunc vel illam mori contigerit, dimidiam partem rerum donatarum ad superstitem pertinere praecipimus, dimidiam ad defuncti vel defunctae heredes, cujus libet gradus sint, et quocunque jure successerint; ut donatio stare pro parte dimidia, et resolvi pro parte dimidia videatur. Osculo vero non interveniente, sive sponsus sive spensa obierit, totam infirmari donationem, et donatori sponso vel heredibus ejus restitui. Quod si sponsa interveniente vel non interveniente osculo donationis titulo (quod raro accidit) fuerit aliquid sponso largita, et ante nuptias hunc vel illam mori contigerit: omni donatione infirmata, ad donatricem sponsam sive ejus successores donatarum rerum dominium transferatur.

der Braut, oder diese jenem, nach der Verlobung giebt, und wird in Absicht derselben der Unterschied gemacht, daß die Geschenke, welche der Bräutigam der Braut gegeben hat, und diese oder jener vor vollzogner Ehe stirbt, alsdenn zur Hälfte an erstern zurückgegeben werden sollen, wenn sie sich geküßt; im Fall aber solches nicht geschehen, alsdenn der Bräutigam der ganzen Schenkung verlustig seyn solle. Solche Geschenke aber, die die Braut dem Bräutigam macht, fallen, es mögen beyde sich einen Kuß gegeben haben oder nicht, wenn einer von denselben stirbt, entweder an die Braut oder deren Erben wieder zurück.

§. 4. So war es freylich zu jenen Zeiten, wo Verlöbnisse keine verbindliche Kraft mit sich führten, und jedem Theile davon abzugehen frey stand. *c*) Aber heut zu Tage, wo wir in Absicht der Verlöbnisse ganz andere Grundsätze befolgen, wo es nicht erlaubt ist, ohne gegründete Ursachen davon abzugehen, können jene Unordnungen nicht mehr Anwendung finden. *d*)

Ge-

c) L. 6. C. de sponſ. L. 2. C. de repud.

d) *Carpzow* Part. 3. conſt. 19. def. 13. *Stryk* ad Brunnemann J. E. Lib. 2. Cap. 16. §. 4. et in U. M. Tit. de ſponſ. §. 24. *Wernher* Tom. 3. Part. 3. Obſ. 29. *Simon* de annulo pronubiali.

Geschenke, welche Verlobte sich unter einander machen, sind nichts anders als bloße Schenkungen, und muß hiebey das eintreten, was in der *L. 10* und *11. C. de donat ant nupt.* deshalb verordnet ist. *e*)

---

458. Meditation.

Wer in possessorio summariissimo geschützt ist, kann, wenn er in possessorio ordinario oder petitorio verliehrt, auch in die in possessorio summariissimo verursachten Kosten verurtheilet werden.

§. 1.

Es scheinet nicht blos unbillig, sondern auch widerrechtlich zu seyn, wenn wir behaupten, daß derjenige, der in possessorio summariissimo ge-

e) Si filiae tuae sponsus, ei mancipium donavit, ac tu in eum jumenta liberalitatis ratione contulisti: nec nuptiis secutis, contra juris rationem, quod dederat, abstulit; non invicem datorum restitatio, sed ejus quod illicite rapuit, repetitio competit.

Si tibi res proprias liberalitatis causa sponsus tuus tradidit, eo quid ab hostibus postea interfectus est, irrita donatio fieri non potest.

genommen hat, und also in dem Besitz geschützet worden ist, nicht immer von der Erstattung der Kosten frey bleibe, wenn demnächst in ordinario oder petitorio gegen ihn erkannt wird. Denn so hat derjenige, der im Besitze geschützt worden ist, eine rechtmässige Ursache zu klagen für sich, ihm kann keine Schuld beygemessen werden, da er durch die Stöhrung in seinem Besitze zu klagen genöthigt wurde; und da die Erstattung der Kosten, als Strafe eines freventlich erhobenen Streits anzusehen ist, so scheinen diese Gründe auch hinreichend zu seyn, einen solchen von Ersetzung der Kosten frey zu sprechen. *a*)

§. 2. Aber unbeschadet jener Gründe, giebt es doch genug Fälle, wo die Anwendung derselben äusserst hart seyn würde. Zu diesen gehört denn auch folgender Fall:

A besaß eine weit von der Stadt entlegene Wiese, die er schon seit langen Jahren an einen andern vermiethet hatte. Nahe bey derselben hatte *B* verschiednes Ackerland liegen, und ob dieser gleich auf dem ordentlichen Wege zu dem Lande kommen konnte, hatte derselbe doch seit 3 Jahren durch die Wiese mit Wagen gefahren, um sein Korn von dem Lande zu holen. *A* erfuhr

a) *Carpzow* Lib. I. resp. 18. *Berlich* decis. Part. 1. dec. 7. *Berger* elect. proc. possess. §. 39. *Leyser* sp. 18. m. 3.

fuhr dieses nicht, und auch dem Pächter blieb es unbekannt, weil das Fahren über die Wiese gewöhnlich nach der Heu-Erndte geschah, und beyde auch nicht wußten, wer solches that. Um nun das Ueberfahren ferner zu hindern, sperrte *A* den Zugang zu der Wiese durch einen starken Riegel. Dies veranlaßte den *B* zu klagen, und da derselbe durch Zeugen bewies, daß er schon drey Jahre ungestöhrt des Weges sich bedient habe, wurde er in summariissimo geschützt. Als aber demnächst der *A* in ordinario klagte, wurde für ihn gesprochen, und der *B* in sämmtliche, sowohl in ordinario als summariissimo aufgegangene Kosten, verurtheilet.

§. 3. Bekanntlich wird bey dem possessorio summariissimo nicht auf die Beschaffenheit des Besitzes, sondern nur darauf gesehen, ob die actus possessorii öffentlich, ruhig und ohne Stöhrung ausgeübt sind. Eben so wenig ist es auch erforderlich, daß einer die Sache, in deren Besitz er gestöhret wird, als Eigenthümer besitze, da auch der bloße Inhaber einer Sache des possessorium summariissimum anstellen kann.

Wenn also die Qualität des Besitzes in keine Betrachtung kommt, so ist sehr leicht der Fall möglich, daß ein solcher, der in dem Besitze beunruhiget wird, von der Unrechtmässigkeit seines Besitzstandes überzeugt seyn kann, und also wieder sein besser Wissen handelt, wenn er um gerichtliche Manutenenz nachsucht. Hier,

wo

wo kein weitläuftiges Verfahren verstattet werden kann, läßt es sich nicht beurtheilen, wie und auf was Art der Kläger zum Besitz gelanget, und wie der Besitz an sich beschaffen sey. Findet es sich in der Folge, daß er blos in der Possession geschützet sey, weil er die Sache besessen, kläret es sich auf, daß er von der Unrechtmässigkeit seines Besitzes überzeugt gewesen, so ist er als ein malae fidei possessor anzusehen, und gleich diesen in die Erstattung der Kosten zu verurtheilen. *b*)

---

459. Meditation.

Die L. 1. pr. ff. si quis aliq testari prohib. vel coeg. läßt sich nicht auf den Fall anwenden, wenn ein Intestat-Erbe dem Erblasser zur Errichtung eines Testaments gezwungen hat.

§. 1.

Die *L. 1. pr. ff. si quis aliq. testari prohib. vel coeg.* spricht demjenigen, der einen andern an

b) *Pfannkuch* de possess. sum. Lib. 2. Cap. 16. Nr. 5. *Leyser* spec. 499. med. 11. Strube rechtl. Bedenk. Theil 1. Bedenk. 10. Fredersdorf Justizbeamt. Band 3. Theil 2. Abs. 6. Cap. 3. §. 16.

M

an der Einrichtung eines Testaments gehindert hat, sein Erbrecht ab, und erkennet solches dem Fiskus zu. Es heißt:

Qui, dum captat haereditatem legitimam, vel ex testamento, prohibuit testamentarium introire, volente eo facere testamentum, vel mutare; Divus Hadrianus constituit, denegari ei debere actiones, denegatisque ei actionibus, fisco locum jure.

§. 2. Viele, ja der größte Theil der Rechtsgelehrten, *a*) ziehen diese Verordnung auch auf den Fall, wenn einer von den Intestat-Erben den Erblasser gezwungen hat, ein Testament zu machen, und einige sprechen alsdenn den Theil desselben, den übrigen Intestat-Erben, andere aber dem Fiskus zu. Freylich scheinet diese Meynung um so eher gegründet zu seyn, da in Absicht eines solchen, der einen hindert ein Testament zu machen, und dem der einen dazu zwingt, einerley Grund zur Beraubung ihres Erbrechts da ist. Wenn also gleich die Gesetze unsern Fall nicht ausdrücklich entscheiden; so liegt dem Anschein nach die Entscheidung schon selbst in der bekannten Rechtsregel: *ubi eadem est legis ratio, ibi et eadem dis-*

a) *Böhmer* introd. in ius dig. Tit. si quis aliq. test. prohib. vel coeg. §. 2. *Stryk* U. M. eod. Tit. §. 2. et in tract. de success. ab intest. Diss. 12. Cap. 1. §. ult. *Pufendorf* Tom. 2. Obs. 10. §. 6.

dispositio. Zudem ist es ausgemachten Rechtens, daß ein, in einem erzwungenen Testamente ausgesetztes Legat, demjenigen nicht gebühre, der zur Hinterlassung desselben den Erblasser gezwungen hat, und von diesem Falle läßt sich, wie man meynet, analogisch auf gegenwärtigen der Schluß machen.

§. 3. Die Beantwortung dieser Gründe wird zeigen, daß solche nicht so erheblich sind, als sie zu seyn, das Ansehen haben.

Die Beraubung des, durch die Gesetze einem zustehenden, Erbrechts, gehört unstreitig mit zu den Strafgesetzen. Wenn es nun wahr ist, daß Strafgesetze einschränkend, nicht aber ausgedehnt dürfen erkläret werden; wenn es ferner wahr ist, daß bey Strafen allemal die gelinden Meynungen angenommen werden müssen, so glauben wir auch mit Recht behaupten zu können, daß das, was die römischen Gesetze wegen des Falls, wenn einer einen zu testiren verhindert hat, verordnet haben, auf den Fall da einer zu testiren gezwungen worden ist, nicht anwendbar sey. —

§. 4. Freylich würde das, was wir so eben gesagt haben, alsdenn wegfallen, wenn hier, wie wir oben angeführt haben, in Absicht beyder Fälle ein und eben der Grund eintrete. Allein dies ist auch nicht der Fall, da ein wesentlicher Unterschied unter beyden obwaltet.

Ein Erblasser, der im Begriff steht, ein Testament zu machen, giebt dadurch zu erkennen,

nen, daß er entweder die gesetzliche Erbfolge ändern, oder doch andre Verfügungen in Ansehung seines Vermögens treffen wollen; er hat also auf alle Fälle nicht gewollt, daß ihm ab intestato succediret werde. Es bleibt daher allemal ungewiß, ob in dem Falle, wenn der Erblasser ein Testament hätte machen können, derjenige von seinen Intestat-Erben, der ihn daran gehindert hat, auch ihn ab intestato beerbet haben, oder ausgeschlossen seyn würde. Für letzteres ist aber die Vermuthung.

§. 5. Ganz anders aber verhält es sich mit unserm Falle. Hier war der Testator nicht Willens ein Testament zu machen, er wollte also, daß die hinterlassenen Erben, und also auch derjenige, der ihm zur Errichtung des Testaments gezwungen hat, ihm ab intestato succediren sollten. Durch Zwang war er aber genöthiget eine andre Erbfolge in seinem Testamente zu machen, die freylich, da das Testament erzwungen ist, nicht bestehen kann. Aber in einem solchen Falle, muß die gesetzliche Erbfolge eintreten; und ist der Zwingende mit in der Zahl der nächsten Erben, so gehöret ihm sein Erbtheil eben so gut, wie den übrigen Erben.

§. 6. Es ist wahr, daß derjenige, das ihm ausgesetzte Legat verliehret, der den Testator zur Hinterlassung derselben gezwungen hat. Allein dies schadet unsrer Meynung nicht, denn wir behaupten nicht, daß derjenige, der einem

zur

zur Errichtung eines Testaments zwingt, der Vortheile, die ihm im Testament zugeschrieben sind, theilhaftig werde, sondern nur, daß er nicht gänzlich seines Erbrechts für verlustig erkannt werden könne. Wir wollen annehmen, *A* sey durch Drohungen und Zwang von dem *B* vermogt worden, ein Testament zu machen, worin er als Erbe von der einen Hälfte der Erbschaft, *C* und *D* aber als in gleichem Grade stehende Verwandte in der andern Hälfte zu Erben wären eingesetzt worden. Da nun dies erzwungene Testament nicht bestehen kann, so würde der *A* nichts weiter als den dritten Theil erhalten können.

§. 7. Schließlich bemerken wir nur noch, daß von der Königl. Preuß. Gesetz-Commission auf die von der Clevischen Regierung geschehene Anfrage dieser Fall dahin entschieden sey,

daß ein Intestat-Erbe, welcher den Erblasser durch unrechtmässige Zudringlichkeiten zum Nachtheil seiner Miterben ein ihm vortheilhaftes Testament zu errichten vermogt hat, nur nach Beschaffenheit des dem Erblasser inferirten Zwanges und der Sträflichkeit derjenigen Mittel, deren er sich dazu bedient hat, in eine arbitraire Strafe zu nehmen; übrigens aber dessen Erbtheil dieserwegen nicht pro bono ereptitio zu achten sey. *b*)

b) Klein Annalen der Gesetzgebung, Band 5. Nr. 7. S. 196.

460. Meditation.

Das Sctum Vellejanum steht Handelsfrauen in Ansehung solcher Bürgschaften, die sie in Beziehung des Handels übernommen haben, nicht zu, jedoch kann solches nicht auf andre Bürgschaften derselben ausgedehnt werden.

§. 1.

Unter Handelsfrauen verstehen wir solche Frauenspersonen, die entweder eigne Handlung treiben, d. i. die Waaren ein- und auskaufen, einen ofnen Laden halten, und mit Ellen, Maas und Gewicht ausmessen und auswägen, oder die mit ihrem Manne oder einem andern, gemeinschaftliche Handlung treiben. a) Solchen Frauenspersonen steht nun, wenn sie in Handelsgeschäften sich verbürget haben, das Sctum Vellejanum nicht zu. Zwar finden wir in dem römischen Rechte nichts von dieser Ausnahme; allein theils durch viele Landes- und Stadtgesetze, theils durch Observanz haben solche Bürgschaften ihre verbindliche Kraft erhalten. Der Grund

a) *Rebhun* delineatio quaestionis, quae uxor mercatrix dicatur. *Quistorp* de femina mercatrice.

Grund hievon liegt wohl einzig und allein in der Sicherheit und Begünstigung des Handels, *b*) welche wohl nicht mit der Unverbindlichkeit der in Handelsgeschäften übernommenen Bürgschaften bestehen können.

§. 2. Der von uns voraus geschickte Begriff einer Handelsfrau lehrt uns, daß die Frau eines Kaufmanns, wenn sie gleich ihrem Manne in der Handlung beysteht, Waaren verkauft oder einkauft, nicht zu erstern gerechnet werden könne, daß folglich auch die von letzterer übernommene Bürgschaft unverbindlich sey.

Folgende Erzählung eines Rechtsfalls wird dieses noch mehr erläutern. *A* hatte an den Kaufmann *B* wegen erhaltener Waaren eine auf

b) *Mevius* ad Jus Lub Lib. I. Tit. 10. Art. I. Nr. 77. *Stryk* U. M. Tit. ad Sect. Vell. §. 6. *Böhmer* de efficaci mulier. interc. Cap. 2. §. 11. *Deintein* de vera indole Scti Vellejani ad uxorem mercatricem pro marito intercendentem. Röslin Abhandl. von besondern weiblichen Rechten, Theil 2. S. 249. Schröters Abhandl. aus den teutschen Rechten, Theil 1. S. 25. J. S. F. v. Böhmer Untersuchung der Frage, ob und in wie weit eine Weibsperson, so eine Handlung treibt, aus ihrer Bürgschaft verbunden sey. Pfizer Rechte und Verbindlichkeit der Weiber, Theil 2. §. 21. und 222. *Ayrer* de societate mariti et uxoris mercatoria. Neues juristisches Journal, Band 1. Heft 1. S. 85.

953 Rthlr. sich belaufende Forderung und hatte sich zur Sicherheit derselben eine Handschrift ausstellen lassen, der die Ehefrau des *B* als Bürgin mit beygetreten war. Ueber das Vermögen des Hauptschuldner entstand ein Conkurs, und da der *A* leer ausgieng, klagte er wider die Bürgin auf die Bezahlung der Forderung, wozu sich aber diese nicht verstehen wollte, sondern sich damit schützte, daß die für einen Ehemann sowohl, als für einen Fremden übernommene Bürgschaft einer Frauensperson unverbindlich sey.

§. 3. Um diese Einrede zu elidiren, wurde von dem Gläubiger angeführt: Es habe die Bürgin, wie allgemein bekannt sey, die Handlung ihres Mannes mit versehn, sie habe nicht nur Waaren aus- sondern auch eingekauft, auch zuweilen in Handelsgeschäften die Correspondenz geführt. Ja, wie die von ihm producirten Briefe zeigten, habe sie den größten Theil der Waaren, aus deren Nichtbezahlung diese Forderung entstanden war, verschrieben. Endlich könne er beweisen, daß vor einigen Jahren, wie nemlich der Schuldner von ihm einige Waaren gekauft habe, dieser ihm ein seiner, des Schuldners Frau, zugehöriges Capital angewiesen, welches er auch wirklich gehoben habe. Es müsse also die Bürgin als eine solche Person angesehen werden, die mit ihrem Manne gemeinschaftliche Handlung geführt habe; und könne

könne ihr in diesem Betracht, jene Einrede nicht zu Statten kommen.

§. 4. Aber alle diese Gründe sind, wie wir jetzt zeigen werden, unerheblich. Denn wenn gleich die Ehefrau des Schuldners ihrem Manne in der Handlung behülflich gewesen, so kann doch daraus noch keinesweges gefolgert werden, daß Mann und Frau gemeinschaftliche Handlung getrieben haben, indem dergleichen Dienstleistungen aus der Natur der häuslichen Societät, worin beyde gegen einander stehen, sich herleiten lassen. Eben so wenig liegt darin eine Verbindlichkeit zur Bezahlung, wenn die Frau in Handelsgeschäften Correspondenz geführt hat. Das thun oft Handlungsbediente, die für ihren Prinzipal Waaren verschreiben, und noch keinem ist es eingefallen zu behaupten, daß nun deswegen der Prinzipal und sein Handlungsbedienter in einer gemeinschaftlichen Handlung stehen. Ueberdem enthielten auch jene Briefe weiter nichts als eine bloße Bestellung einiger Waaren, und der Umstand, daß die eingeklagte Schuld zum größten Theil von jenen Waaren herrühre, konnte hier nichts bewirken, zumal da der Gläubiger nicht behaupten konnte, daß, wenn der Schuldner die Waaren selbst verschrieben hätte, er sie nicht würde verabfolgt haben.

§. 5. Der letzte Grund, daß nemlich vor einigen Jahren eine Waaren Schuld an den

Gläu=

Gläubiger mit einem der Frau zugehörigen Capital bezahlet sey; hat eben so wenig etwas zu bedeuten, indem beym Einkauf einer Sache nicht darauf gesehen wird, mit wessen Gelde sie eingekauft wird, sondern wer sie eingekauft hat.

Non unde originem pecunia, heißt es in der *L. 7. C. si cert. pet.* quae mutuo dutur, habeat: sed qui contraxit, si ut propriam numeravit, in hujus modi obligationibus requiritur.

Alle diese von dem Gläubiger angeführten Gründe, beweisen, wie aus dem, was wir hierüber gesagt haben, klar ist, keinesweges dessen Behauptung. Eine gemeinschaftliche Handlung zwischen Mann und Frau ist nur alsdenn da, wenn entweder sich solche auf einen unter beyden eingegangnen Vertrag gründet, oder aus andern deutlichen Umständen solche klar ist. — Es wurde daher auch die Bürgin von ihrer Bürgschaft freygesprochen.

§. 6. Die oben benannte Frau des *B* wurde bald nachher von einem andern Gläubiger aus einer für den *C* auf 360 Rthlr. übernommenen Bürgschaft belangt. Zur Begründung der Klage wurde von Seiten des Gläubigers angeführt, daß, wenn zwar der Regel nach eine Frauensperson sich, wenn sie aus einer Bürgschaft belangt werde, mit der exceptio Scti Vellejani schützen könne; so falle diese Einrede hier um deswegen weg, weil nach

der einhelligen Meynung der Rechtsgelehrten solche den Handelsfrauen nicht zustehe.

§. 7. Daß dieser hier angeführte Grund nichts sage, muß jedem gleich auffallen. Einmal wird etwas als gewiß vorausgesetzt, was es doch nicht ist, denn die Ehefrau des *B* war, wie wir gezeigt haben, keine Handelsfrau, sondern nur die Frau eines Kaufmanns. Wäre sie aber auch fürs zweyte eine wirkliche Handelsfrau, so war doch der daraus hergeleitete Satz, daß sie deshalb aus einer nicht in Handelsgeschäften übernommenen Bürgschaft zu bezahlen verpflichtet sey, irrig und falsch. Denn der Grund, warum eine Handelsfrau aus einer in Beziehung des Handels übernommenen Bürgschaft verbunden ist, ruhet, wie wir schon erwähnt haben, in der Sicherheit und Begünstigung des Handels, der aber bey andern Bürgschaften wegfällt *c*) und so wurde denn auch dieser Gläubiger mit seiner Klage abgewiesen.

c) Ad illos vero actus mercatricis foeminae licentia pertinet quae ad negotiationem et mercaturam spectant. Semper enim cum aliquid de mercatoribus speciale disponitur, intelligi debet saltem de negotiis ad mercaturam pertinentibus Id que eo minus dubii habet, cum sub certa qualitate dispositum, ea cessante, cesset. *Mevius l. c. Nr.* 59. 60.

461. Meditation.

Eine Frauensperson, die dafür, daß sie die Bürgschaft übernommen, eine Belohnung erhalten hat, kann sich mit dem Sctum Vellejanum nicht schützen.

§. 1.

Zu den verschiedenen Ausnahmen von der Regel, daß eine Frauensperson aus einer übernommenen Bürgschaft nicht verpflichtet sey, gehöret auch die, wenn sie Belohnung, oder andere Vortheile, die einer Schätzung nach Gelde fähig sind, dafür erhalten hat.

Das hierüber vorhandene Gesetz *a)* lautet so: Antiquae jurisdictionis retia et difficillimos nodos resolventes, et supervacuas distinctiones exulare cupientes, sancimus mulierem, si intercesserit, sive ab initio, sive postea aliquid accipiens, ut sese interponat, omni modo teneri, et non posse Scti Vellejani uti auxilio: sive sine scriptis, sive per scripturam sese interposuerit. Sed si quidem in ipso instrumento intercessionis dixerit sese aliquid accepisse et sic ad intercessionem venisse, et hoc instrumentum publice confectum

a) L. 23. C. ad Sctum Vellejanum.

fectum inveniatur, et a tribus teſtibus conſignatum: omni modo eſſe credendum eam pecuniam vel res accepiſſe et non ei eſſe ad Scti Vellejani auxilium regreſſum. Sin autem ſine ſcriptis intercesserit, vel inſtrumento non ſic confecto: tunc ſi ſtipulator poſſit oſtendere eum accepiſſe pecunias vel res, et ſic ſubiiſſe obligationem repelli eam a Scti juvamine.

§. 2. Wie groß nun die Belohnung seyn, oder wie hoch der Werth der Sache sich belaufen müsse, die einer Frauensperson für die Uebernehmung der Bürgschaft gegeben worden: das ist eine Frage, die in jenem Gesetz unbeantwortet gelassen ist. Es ist daher auch kein Wunder, wenn man über jene Frage verschiedene Meynungen der Rechtsgelehrten antrift.

Denn so sagen einige, *b*) es komme hier gar nicht auf die Größe des Geschenks, welches der Frauensperson gemacht worden, an, sondern es sey genug, wenn ihr nur etwas gegeben sey. Andre *c*) wollen, daß die Belohnung mit der Summe der Hauptschuld, wo für die Bürgschaft übernommen ist, im gleichen Werthe stehe. Wieder andere *d*) überlassen es dem Gutbefinden

b) *Hilliger* ad Donellum, Cap. 32. Nr. 12.

c) *Cyno* ad rubr. C. ad Scti Vellej.

d) *Hering* de fideiarſ. Cap. 7. Nr. 435. *Böhmer* de efficaci mulier. interceſſ. Cap. 2. §. 5. Not. k.

den des Richters zu beurtheilen, ob die erhaltene Belohnung von der Beschaffenheit sey; daß dadurch die Frauensperson dieser Rechtswohlthat für verlustig erklärt werden könne. Noch andre e) behaupten, daß eine Frauensperson, nur nach der Größe desjenigen, was sie empfangen habe, dem Gläubiger verhaftet sey.

§. 3. Von diesen vier verschiedenen Meynungen scheinet uns die erstre den Vorzug zu verdienen. Es ist wahr, es scheinet höchst unbillig zu seyn, daß, wenn z. B. eine Frauensperson an Geschenken 100 Rthlr. erhalten, und sich für 1000 Rthlr. verbürget hat, dieser alsdenn jene Rechtswohlthat absprechen zu wollen. Allein auf das was billig oder es nicht sey, kann hier nicht gesehen werden. Das Gesetz redet in ganz allgemeinen Ausdrücken, es sagt: *sive ab initio sive postea aliquid accipiens, ut sese interponat omnimodo teneri et non posse Scti Vellejani uti auxilio;* ferner *eam pecuniam vel res accepisse, et ei non esse ad Scti Vellejani auxilium regressum* und am Ende *eam accepisse pecunias vel res et subiisse obligationem repelli eam a Scti juvamine.* Wenn hier nun gar kein Unterschied in Absicht der Größe der Belohnung gemacht wird, so steht es uns auch nicht zu, durch selbst gemachte Distinctionen

e) *Zanger* de except. Part. 3. Cap. II. Nr. 146.

nen diesen Fall entscheiden zu wollen. Ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere, et lex generaliter loquens, generaliter est accipienda, das sind bekannte Rechtsregeln, die hier um so mehr ihre Anwendung finden müssen, da wie der Anfang jenes Gesetzes lehrt, wo es heißt: *et supervacuas distinctiones exulare cupientes* hier keine Distinctionen gestattet werden können, vielmehr ist dieses Gesetz deswegen gegeben, um die Ungewißheit, die durch die gemachten Distinctionen entstanden sind, zu heben. —

Ueberhaupt macht sich auch eine Frauensperson, die so niedrig denkt und sich durch Geschenke zu einer Bürgschaft verleiten läßt, einer ihr zum Besten gegebenen Rechtswohlthat verlustig, indem die Rechte keinesweges denjenigen der hinterlistig handelt, und sich durch Geiz verleiten läßt, sich in Sachen zu mischen, die ihn nicht angehen.

§. 4. Aber wird man uns einwerfen, gesetzt, man habe durch ein Geschenk, dessen Werth 1 Rthlr. betrage, eine Frauensperson bewogen, eine Bürgschaft von 300 Rthlr. zu übernehmen; würde es denn nicht äusserst hart seyn, diese, wegen des 1 Rthlr. zur Bezahlung der ganzen Summen schuldig zu erkennen? Wir haben es schon gesagt, daß es bey der ganz allgemeinen Verordnung nicht darauf ankomme, was billig oder nicht sey. Hat eine Frauensperson eine so niedrige Denkungsart, daß der

Ge-

Gewinn von 1 Rthlr. sie dazu bewegen kann, die Gefahr von 300 Rthlr. zu übernehmen, so empfindet sie mit Recht die Strafe ihres Geizes, wenn sie demnächst die ganze Summe bezahlen muß, sie kann sich auch um so weniger beklagen, da dies ein Schade ist, den sie ihrer eigenen Schuld beyzumessen hat.

§. 5. Die zweyte Meynung ist so widersinnig, daß sie sich von selbst widerlegt. Ein Schuldner, der um einen Bürgen zu erhalten, so große Geschenke demselben machen kann, als das aufzunehmende Capital beträgt, würde ja immer thörigt und unklug handeln, wenn er nicht lieber die Geschenke, falls nemlich solche nicht in Gelde sondern andern Sachen bestehen, seinem Gläubiger zum Unterpfand geben wollte. Auf diese Art erhält er solche doch nach geschehener Bezahlung des Capitals wieder zurück, da er sie in dem ersten Fall verliehren würde.

§. 6. Die dritte Meynung hat gleichfalls vieles wider sich. Es ist überhaupt mißlich, die Entscheidung einer Sache blos in das Gutbefinden und die Willkühr eines Richters zu stellen, da der eine auf die, der andere auf jene Art eine Sache beurtheilet. Man sagt, man müsse hiebey auf die Größe des Geschenks sehen, ob solche nemlich von der Art sey, daß solches nicht leicht ausgeschlagen werde. Aber der Begriff von der Größe eines Geschenks ist sehr relativ, der eine hält das für ein großes Ge-

Geschenk, was der andere als keine unbedeutende Kleinigkeit ansieht. Wollte man einwenden, daß man hiebey zugleich auf das Vermögen der Frauensperson Rücksicht nehmen müsse, so ist es dagegen bekannt, daß die vermögendsten Leute aus Geiz und Eigennutz sich oft durch kleine Geschenke, die ein nicht bemittelter mit Verachtung zurückweisen würde, verleiten lassen, für andere sich zu verbürgen.

§. 7. Dier vierte Meynung, welche auch in dem allgemeinen Gesetzbuche für die Preußischen Staaten f) als Gesetz angenommen ist, hat zwar vieles für sich, allein sie ist in dem römischen Rechte eben so wenig, als die beyden vorhergehenden gegründet. Ueberhaupt scheinet uns aber auch bey derselben die Bürgin zu sehr begünstiget, der Gläubiger zu sehr gefährdet zu werden. Eine Frauensperson, die für Geld oder Geschenke Bürgschaften übernimmt, kann es immer dem Zufalle überlassen, ob sie demnächst es aus der Bürgschaft bezahlen muß, oder nicht. Trift sie das erste, nun gut, so leidet sie keinen Schaden, da sie weiter nichts, als den Werth dessen, was sie erhalten, zu bezahlen nöthig hat. Ist letzteres, so ist der Vortheil ganz auf ihrer Seite.

Aber noch mehr, so haben alle die zuletzt angeführten drey Meynungen noch das wider sich,

f) Theil 1. Tit. 14. §. 240.

sich, daß sie Gelegenheit zu kostbaren und langwierigen Processen geben, wie jeder leicht einsehen wird. Dies aber fällt, wenn man die erstere Meynung annimmt, weg. Denn kann das nur erwiesen werden, und dieser Beweis ist bald zu führen, daß die Frauensperson dafür, daß sie die Bürgschaft übernommen, Geschenke erhalten hat, so ist auf einmal der Streit gehoben.

---

462. Meditation.

Das Sctum Velleianum findet nicht statt, wenn die Frauensperson nach Verlauf von zwey Jahren die Bürgschaft wiederholet hat, wenn sie auch gleich von jener Rechtswohlthat nicht belehret worden ist.

§. 1.

Eine Frauensperson hatte sich für ein Kapital von 450 Rthlr. verbürget, und nach Verlauf von $2\frac{1}{2}$ Jahren die Bürgschaft erneuret, und zwar auf folgende Veranlassung: Der Gläubiger konnte nemlich von dem Schuldner die Bezahlung der Zinsen nicht erhalten, vielmehr wären diese von der Zeit des Darlehns, noch im Rückstand. Dies bewog den Gläubiger an die Bürgin zu schreiben, ihr die Saumseligkeit des Schuldners in Bezahlung der Zinsen zu melden, und ihr dabey bekannt zu machen, daß, wenn sie ihm

ihm nicht aufs neue versichere, daß sie für die Sicherheit des Kapitals und Zinsen noch ferner haften wolle, er sich genöthiget sähe, das Kapital aufzukündigen, und im Nichtbezahlungs Fall einzuklagen. — Auf dieses Schreiben erhielt der Gläubiger die Antwort: sie bedaure sehr, daß der Schuldner in Abtragung der Zinsen saumselig sey, sie habe ihn desfalls an die Bezahlung derselben errinnert, und auch die Versicherung erhalten, daß sämmtlich zurückstehende Zinsen höchstens in sechs Wochen abgetragen werden sollten. Um nun aber den Schuldner durch Aufkündigung des Kapitals nicht in Verlegenheit zu setzen, erkläre sie hiemit, daß sie noch fernerhin die Bürgschaft übernehmen wolle, und bitte sie also, das Kapital dem Schuldner noch zu lassen.

§. 2. Durch diese Versicherung wurde der Gläubiger bewogen, daß Kapital stehen zu lassen; allein der Schuldner kam seinem Versprechen in Absicht der Bezahlung der Zinsen so wenig nach, daß er vielmehr so wenig die zurückstehenden als laufenden Zinsen abtrug. Endlich trat der Schuldner sein Vermögen seinen Gläubigern ab, so daß ein förmlicher Konkurs über dasselbe entstand.

Der Gläubiger gab seine Forderung von 450 Rthlr. nebst den davon fälligen vierjährigen Zinsen zu 90 Rthlr. an, behielt sich aber auf den Fall, wenn er nicht seine völlige Bezahlung erhalte, den Regreß wider die Bürgin vor; und da am Ende nur 50 Rthlr. auf das Kapital kamen, klagte er sowohl den Rest des Kapitals von

400 Rthlr. als auch die Zinsen zu 90 Rthlr. gegen die Bürgin ein.

§. 3. Dieser Klage wurde von Seiten der Bürgin die Einrede des Vellejanischen Rathschlusses entgegen gesetzt. Sie behauptete nemlich, daß wenn sie gleich die Bürgschaft für das Kapital übernommen, und solche nach Verlauf von zwey Jahren wiederholet habe, ihr dennoch jene Einrede aus einem doppelten Grunde zu statten kommen müsse. Sie habe erstlich wie der zu Anfang ausgestellte Bürgschein beweise, jener Einrede nicht renunciirt, und könne ihr zweytens die Wiederholung der Bürgschaft deswegen nicht schaden, weil sie eben so wenig derselben entsagt, sie auch nicht von ihren weiblichen Gerechtsamen wäre belehrt worden. Dies gebe auch die *L. 19. ff. de novat. et delegat.* deutlich zu erkennen, wo es so heiße:

Diversum est in muliere quae contra Sctum promisit, *nam et in secunda promissione intercessio est.*

§. 4. Aber daß es hier auf alles das nicht ankomme, lehrt die *L. 22. C. ad Sctum Vellej.* der hierüber folgendes enthält:

Si mulier perfectae aetatis constituta post intercessionem vel cautionem conscripserit, vel pignus aut intercessorem praestiterit sancimus antiqua lege varietate cessante, siquidem intra biennale tempus, post priorem cautionem numerandum, pro eadem causa fece-

fecerit cautionem vel pignus aut intercessorem dederit nihil sibi praejudicare, quod adhuc ex consequentia suae fragilitatis in secundam jacturam inciderit. Sin autem post biennium hoc fecerit, sibi imputet, si, quid saepius cogitare poterat et evitare non fecit, sed ultro firmavit, videtur enim ex hujusmodi temporis prolixitate, *non pro aliena obligatione se illigare, sed pro sua causa aliquid agere*, et tam ex secunda cautione sese obnoxiam facere, et in quantum hoc fecit, quam pignus aut intercessorem uti liber dare.

§. 3. Nach diesem Gesetz wird zur Verbindlichkeit einer solchen Bürgschaft nichts weiter erfordert, als daß die Frauensperson volljährig sey, d. i. ihr 25stes Jahr zurückgelegt habe, weil sie sich sonst wider die Wiederholung der Bürgschaft, in vorigen Stand könnte setzen lassen; daß die Bürgschaft nach zwey Jahren, von Zeit des ausgestellten Bürgscheins angerechnet, wiederholet worden; daß die Bürgschaft nicht für den Mann sondern für einen Fremden übernommen; und endlich daß die Wiederholung derselben für ebendieselbe Schuld sey.

Wenn nun alle diese Erfordernisse da sind, so ist eine Frauensperson aus einer solchen wiederholten Bürgschaft zu bezahlen schlechterdings verbunden *a*). Denn das Gesetz siehet eine solche Wie-

a) *Hering* de fidejus. cap. 7, nr. 448. *Stryk* caut, contr, Sect. 2. cap, 6. § 7. *Zunger* de ex-

Wiederholung als eine Uebernahme einer eignen Schuld an. Mit Recht hält deswegen auch **Mevius** *b*) eine von einer Franensperson wiederholte Anerkennung einer Schuld für eine solche Handlung, wodurch diese sich des Scti Vellejani verlustig macht.

§ 6. Hiernach ist denn auch die Antwort auf die gegenseitigen Einwürfe leicht zu geben. Die Verbindlichkeit aus einer solchen Bürgschaft zu bezahlen, liegt keinesweges in einer stillschweigenden Begebung jener Rechtswohlthat, sondern blos allein in der Wiederholung der Bürgschaft, es muß also auch alles das wegfallen, was sonst die Gesetze zur Ausschließung derselben verlangen. Hätte die Frauensperson gleich bey ausgestelltem Bürgschein dem Vellejanischen Rathschluß, nach vorher gegangener Belehrung, entsagt, so bedurfte es ja zur Gültigkeit der Bürgschaft keiner Wiederholung.

§. 7. Wir haben schon gesagt, daß zur Verbindlichkeit einer so wiederholten Bürgschaft erfordert werde, daß sie für ein und eben dieselbe Schuld geschehen sey.

Hieraus läßt sich auf den aus der *L. 19, ff. de novat.* hergenommenen Einwurf antworten. Denn in dem, in jenem Gesetz erzählten, Falle, hatte

except. cap. 11. nr. 68. *Boehmer* de efficaci mul. intercess. cap. 2. § 9.

b) Part. 6. dec. 299.

hatte die Frauensperson zwar die Bürgschaft wiederholet; allein die Person des Gläubigers war hier nicht die nemliche, indem der erste Gläubiger die Schuld, wofür sich die Frauensperson verbürget hatte, einem andern angewiesen hatte, und bey diesem die Wiederholung der Bürgschaft geschehen war.

§. 8. Da eine wiederholte Bürgschaft erst von der Zeit der geschehenen Wiederholung ihre verbindliche Kraft erhält; so fließt daraus von selbst, daß die vor der geschehenen Wiederholung der Bürgschaft rückständig gewesenen Zinsen, nicht mit unter derselben begriffen sind, folglich auch eine Frauensperson zu weiter nichts als zur Bezahlung der Zinsen, die nach der geschehenen Wiederholung in Rückstand geblieben sind, verpflichtet sey.

So wurde denn auch in dem erzählten Falle die Frauensperson zur Bezahlung des Kapitals von 400 Rthlr. nebst Zinsen, jedoch mit Ausschluß der Zinsen von den ersten 2½ Jahren schuldig erkannt.

---

463. Meditation.

Kinder sind nicht schuldig, die bey Lebzeiten ihrer Eltern erhaltenen Sachen, bey der Erbtheilung in Natur zu konferiren.

§. 1.

Die Kollation geschieht auf eine doppelte Art, indem entweder die Sache selbst, oder der Werth derselben konferiret wird. Viele Rechtsgelehrte *a*) halten dafür, daß letzteres nicht anders, als mit Einwilligung sämmtlicher Erben geschehen könne, folglich es Pflicht des Kindes sey, die bey Lebzeiten seiner Eltern erhaltenen Sachen in Natur zu konferiren; jedoch machen sie verschiedene Ausnahmen, wo diese Schuldigkeit wegfallen soll, z. B. bey einer Bibliothek, wenn die zu konferirende Sache veräusert worden u. s. w.

Andere *b*) überlassen es der Willkühr desjenigen der konferiren muß, ob er nemlich die Sache

a) *Vinnius* de collationibus cap. 16 nr. 2. *Carpzov* part. 3. const. 11. def. 30. *Brunnemann* ad L. 5. C. de collat.

b) *Huber* praelect. ad ff. Tit. de collat. § 6. *Mevius* part. 1. dec. 86. nr. 3. *Stryk* de success. ab intest. diss. 11. cap. 5. § 4. et in U. M.

Sache selbst, oder den Werth derselben konferiren will.

§. 2. Zur Erörterung der für diese beyden ganz verschiedenen Meynungen streitenden Gründe, gab folgender Fall Veranlassung.

Ein Vater hatte einem seiner Kinder ein Haus abgetreten, nach dessen Tode, welcher 6 Jahre nach geschehener Abtretung erfolgte, verlangten die übrigen Geschwister, daß ihr Bruder dieses Haus in Natur konferiren solle, wozu dieser sich aber nicht verstehen wollte, sondern sich vielmehr erbot, den Werth desselben sich auf seinen Kindestheil anrechnen zu lassen.

Weil dieses letztere die übrigen nicht wollten, entstand zwischen jenem und seinen Geschwistern ein Rechtsstreit.

§. 3. Der beklagte Bruder gründete vorzüglich seine Behauptung, daß es nemlich in seinem Willen stehe, entweder die Sache in Natur, oder den Werth derselben zu konferiren, in der *L. 1. § 12. ff. de collat.* welche folgendes verordnet:

sed et si tantum forte in bonis paternis emancipatus remittat, quantum ex collatione suus habere debet, dicendum est, emancipatum satis contulisse videri. Idem et si nomen

M. Tit. de collat. § 9. *Leyser* spec. 410. corr. *Reinharth* ad Christ. decis. Vol. 4. obs 8.

nomen paterni debitoris delegaverit, vel fundum remve aliam dederit pro portione bonorum, quae conferre debuit.

§. 4. Dieses Gesetz redet ganz deutlich und entscheidet jene Frage zum Besten des Beklagtens. Der dagegen von Seiten der Kläger gemachte Einwurf, daß nemlich das Gesetz von einem solchen Falle zu verstehen sey, wenn die übrigen Miterben darein willigten, daß nicht die Sache selbst, sondern deren Werth konferiret werde, ist ohne allen Grund. Denn einmal ist davon nicht die geringste Spur in dem Gesetze vorhanden, fürs zweyte würde, wenn man das Gesetz so verstehen wollte, daraus folgen, daß solches eine unnütze Entscheidung enthalte.

Ueberdem kommt dem Beklagten auch die Vermuthung, daß es nemlich der Wille seines Vaters gewesen sey, daß er das Haus behalten, und nur zur Kollation des Werths desselben verpflichtet seyn solle, allerdings zu statten.

§. 5. Die Gründe, welche dieser Meynung entgegen gesetzt werden, beruhen in der *L. 1. pr. ff.* c) *L. 3. §. 3. ff. de collat.* d) *L. 11. C. de*

c) Hic titulus manifestum habet aequitatem, cum enim Praetor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat, participesque faciat cum his, qui sunt in potestate bonorum paternorum, consequens esse credit, ut sua quoque bona in medium conferat, qui appetant paterna

d) Emancipati bona sua conferre cum his, qui in potestate fuerunt, jubentur.

de collat. *e*) welche Gesetze aber, wie die Ansicht derselben lehren wird, diesen Fall gar nicht entscheiden. Denn alle diese Gesetze sagen weiter nichts, als daß die emancipirten Kinder die, von ihren Eltern erhaltenen, Güter konferiren müssen. Wie und auf was Art diese Kollation geschehen solle, bestimmen sie gar nicht; es läßt sich also nichts, was diese Meynung begünstigen sollte, daraus herleiten.

§. 6. Noch ein Gesetz, worauf besonders *Brunnemann* in dem (Not. a) angeführten Orte zum Beweis seiner Behauptung sich bezieht, dürfen wir nicht unberührt lassen. Es ist die *L. 5.* C. *de Collat.* in welcher es heißt:

Dotis quidem petitio perseverante matrimonio tibi non competebat, quamvis enim eam intestato patre defuncto, fratri conferre debueras, non tamen eo nomine adversus maritum tibi actio potuit esse, cum eo minus in patrem tibi delatae successionis patris auferre potueris.

wor-

e) Postumo praeterito patris testamentum rumpenti atque intestato succedenti, emancipatum petita bonorum possessione conferre debere bona sua, perpetuo edicto cavetur, cum his etiam qui sui futuri essent, si vivo patre nati fuissent, conferre debere manifeste significatur, et emancipatis, si lege datae collationis non pareant, denegandas actiones, non est ambigui juris.

woraus er schließt, daß weil hier in Absicht des Brautschatzes verordnet werde, daß solcher nicht in Natur brauche konferiret zu werden, der Regel nach die Sache selbst konferiret werden müsse.

§. 7. Aber daß diese Folge falsch sey, wird sich daraus ergeben, wenn wir den Fall, von welchem das Gesetz redet, achten wollen. Nach dem Tode des ohne Testament verstorbenen Vaters mußte die verheyrathete Tochter den erhaltenen Brautschatz konferiren, und wurde daher gefragt: ob solcher von dem Ehemann Behuf der Kollation zurückgefordert werden könne? Hierauf wird geantwortet, daß die Zurückforderung nicht statt finde, sondern es genug sey, wenn die Tochter so viel weniger aus der Erbschaft erhalte. — Der Entscheidungsgrund dieses Gesetzes liegt keineswegen darin, weil der Brautschatz in den Rechten viele Begünstigungen hat, sondern vielmehr darin, weil es überhaupt keiner real Kollation bedarf, daher denn dieses Gesetz eher unsre Meynung begünstiget, als derselben zuwider ist.

Ueberhaupt aber fällt das ungereimte der gegenseitigen Meynung bald in die Augen, denn da die derselben zugethanen Rechtsgelehrten zugeben, daß es einem Kinde erlaubt sey, die von seinen Eltern erhaltenen Sachen wieder zu veräusern, so heben sie dadurch selbst die Regel, daß die Sache in Natur konferiret werden müsse, auf.

---

464. Meditation.

Bey Schätzung der zu konferirenden Sachen, wird auf die Zeit des Todes des Erblassers gesehen.

§. 1.

In der vorhergehenden Meditation haben wir erwiesen, daß Kinder nicht schuldig sind, die bey Lebzeiten ihrer Eltern erhaltnen Sachen in Natur zu konferiren, sondern daß es genug sey, wenn der Werth derselben konferiret werde. — Aber auf welche Zeit wird bey Bestimmung des Werths gesehen? Diese Frage wird von den Rechtsgelehrten verschieden beantwortet. Einige legen den Werth zum Grund, worin die Sache zu der Zeit gestanden, als die Kinder sie erhalten; anndere *a*) sehen hiebey auf die Zeit des Todes, noch andere *b*) auf die Zeit der Theilung.

§. 2.

a) *Stryk* de suc. ab int. diss. 11. cap. 5. § 6. *Boehmer* introd. in jus dig. Tit. de collat. § 17. *Berger* rec. jur. lib. 2. Tit. 2. § 51. not. 4. *Reinhard* ad Christ. Vol. 4. obs. 8.

b) *Pistor* 152. nr. 5. *Carpzov* part. const. 11. def. 14.

§. 2. In dem bereits erzählten Falle, wurde auch hierüber unter den Erben gestritten. Wegen des zwischen denselben entstandenen Processes, war die Erbschaft beynahe zwey Jahr ungetheilt geblieben. Der Werth der Häuser war in dieser Zwischenzeit sehr gestiegen, und wie es also zur Theilung kam, wollten die Erben den Preiß des Hauses zum Grunde legen, wofür es damals hätte verkauft werden können.

Hiewider setzte sich aber der eine Erbe, und behauptete, daß er nur nöthig habe, sich den Werth anrechnen zu lassen, worin das Haus zur Zeit des Todes seines Vaters gestanden habe, und nach dieser Meynung wurde auch demnächst erkannt.

§. 3. Die Gesetze *c*) sagen es ganz deutlich, daß bey Erbschaften auf die Zeit des Todes gesehen, und eben so auch, daß in Ansehung des Betrags der Erbschaft auf diese Zeit Rücksicht genommen werde.

Quantitas autem patrimonii, so heißt es in *§ 2. J. ad leg. falc.* ad quam ratio legis Fulcidiae redigitur, mortis tempore spectatur.

Bey

c) *L.* 138. *ff. de reg. jur.* Omnis hereditas quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur.

L. 54. *ff. de adq. vel om hered.* Heres quandoque adeundo hereditatem, jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur.

Bey dieser allgemeinen Regel ist also auch kein Grund vorhanden, warum man in diesem Falle eine Ausnahme, die durch gar kein Gesetz unterstützt wird, machen solle, zumal da die *L. 6. C. de collat.* nicht undeutlich zu erkennen giebt, daß eben dies bey der Kollation Anwendung finde. Denn so heißt es:

Ea demum ab emancipatis fratribus' his, qui remanserunt in potestate, conferri consueverunt, *quae in bonis eorum fuerunt eo tempore, quo pater fati munus implevit*, exceptis his videlicet quae ab ipsis aliis debentur.

---

465. Meditation.

Nach ausgeschwornem Erfüllungs- oder Reinigungs-Eide, kann der Beweis des Gegentheils auch durch Zeugen geführet werden.

§. 1.

Es ist eine unbestrittene, in den Gesetzen gegründete Wahrheit, daß wenn der Erfüllungs- oder Reinigungs-Eid abgestattet und darnach erkannt worden ist, der Gegner dennoch das Gegentheil, durch neu aufgefundne Urkunden erweisen könne. Diese Lehre gründet sich in der *L. 31. ff. de jurejur.* wo es so heißt:

Ad-

Admonendi ſumus, interdum etiam poſt jusjurandum exactum permitti conſtitutionibus principum, ex integro cauſam agere, ſi quis nova inſtrumenta ſe inveniſſe dicat, quibus nunc ſolis ſe uſus ſit, ſed hae conſtitutiones tunc videntur locum habere, cum a judice aliquis abſolutus fuerit, ſolent enim ſaepe judices in dubiis cauſis, exacto jurejurando, ſecundum eum judicare, qui juraverit. Quod ſi alios inter ipſos jurejurando transactum ſit negotium, non conceditur eandem cauſam retractare.

§. 2. Durch die in dieſem Geſetze enthaltene Worte:

ſi quis nova inſtrumenta ſe inveniſſe dicat.

ſind verſchiedne Rechtsgelehrte a) bewogen worden zu behaupten, daß wenn das Gegentheil deſſen, worüber der Erfüllungs- oder Reinigungs-Eid geleiſtet worden iſt, erwieſen werden ſolle, dies nicht andern, als durch neu aufgefundene Urkunden geſchehen könne, zumal da hier eine ſtärkere Vermuthung für den der geſchworen habe, ſtreite, daß er richtig geſchworen habe.

§. 3.

a) *Martini* Comment. for. ad ord. proc. Sax. Tit. 30. nr. 145.
Setſer de juramentis lib. 4. cap. 17. nr. 9.
Brunnemann proceſſ. civ. cap. 23. nr. 33.
Wernher Tom. 1. part. 4. obſ. 151. nr. 650.

§. 3. Es ist wahr, jenes Gesetz redet blos von neu aufgefundnen Instrumenten, aber dem ungeachtet glauben wir mit andern Rechtsgelehrten *b*), daß dadurch der Beweis durch Zeugen nicht ausgeschlossen sey. — Daß unter dem Worte instrumentum auch Zeugen mit begriffen sind, lehrt die *L. 1 ff. de fide instrument.*
Instrumentorum nomine, heißt es darin: ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest, et ideo tam testimonia, quam personae, instrumentorum loco habentur.

Es ist also auch kein erheblicher Grund vorhanden, warum man in einem solchen Falle, zum Beweis des Gegentheils keine Zeugen zulassen sollte, zumal da der Beweis durch Zeugen mit dem Beweis durch Dokumente gleiche Wirkung hat *c*). Ueberdem unterstützt die *L. 3. § 3. ff. de in lit. jur. d*) unsere Meynung nicht undeutlich,

b) *Carpzov* part. 1. const. 15. def. 4. nr. 5. *Mevius* part. 7. dec. 95. nr. 5. *Stryk* U. M. Tit. de jurejur. § 40. et *in Diss.* de probatione contra juram. praest. legale cap. 3. § 6 et 7. *Leyser* spec. 145. med. 1. Fredersdorf Justiz Beamt. Band 2. Th. 2. Kap. 29. § 10.

c) *L. 15. C. de fide instrum.* In exercendis litibus eundem vim obtinent tum fides instrumentorum, quam depositiones testium.

d) Idem videntum, an possit judex, qui detulit jusjurandum, non sequi id: sed vel prorsus absolvere, vel etiam minoris condemnare, quam jurandum est, et magis est, ut ex magna causa, et *postea repertis probationibus* possit.

lich, indem darin gesagt wird, daß ein Richter nach neu aufgefundenen Beweisen, denjenigen, gegen welchen geschworen worden, entweder völlig absolviren oder zu wenigern verurtheilen könne.

§. 4. Hiedurch zerfallen also die gegenseitigen Gründe von selbst, so daß wir nicht nöthig haben, zu deren Widerlegung noch weiter was anzuführen. Es versteht sich aber von selbst, daß man von den Zeugen keine Wissenschaft gehabt, oder solche doch nicht hat habhaft werden können, welches, wenn ein Zweifel dabey obwalten sollte, eidlich erhärtet werden muß. Eben so muß der Beweis vollkommen seyn, da ein halber oder mehr als halber Beweis hier nichts bewirket. Alles dieses findet eben so gut bey Dokumenten statt.

---

466. Meditation.

Derjenige, dem der Erfüllungs Eid auferlegt worden ist, kann sein Gewissen mit Beweis vertreten.

§. 1.

Daß die Gewissens-Vertretung bey dem auferlegten Reinigungs-Eide statt finde, wird von den Rechtsgelehrten durchgehends zugestanden, nicht aber so bey dem Erfüllungs-Eide; indem eini-

einige in einem solchen Falle die Gewissens-Vertretung zulassen *a*), andere aber nicht *b*).

§. 2. Diese leztre Meynung stützet sich nemlich auf den Grund, weil der Erfüllungs-Eid nur im Fall eines nicht vollständig geführten Beweises, wenn nemlich halb, oder mehr als halb bewiesen worden ist, auferlegt wird. Es würde also, sagt man, der, dem ein solcher Eid zuerkannt ist, sich vergebens auf einen fernern Beweis berufen, den er nicht hat vollständig führen können. Sodann sey einmal die Beweisfrist verflossen, und finde also kein Beweis ferner mehr statt.

§. 3. Wenn es aber wahr ist, wie wir in der vorhergehenden Meditation erwiesen haben, daß nach ausgeschwornem Erfüllungs- oder Reinigungs

a) *Mevius* part. 4. dec. 296. *Stryk* U. M. Tit. de jurejur. §. 26. Oeltzen Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 714. *Schaumburg* Principia prax. jur. jud. Lib. I. S. I. M. 3. Cap. 5. §. 12.

b) *Carpzov* part. I. const. 14. def. 21. *Cocceji* Jus cont. Tit. de jurejur. qu. 45. **Knorre** Anl. zum civil Proceß, Hptst. 13. §. 39. **Fredersdorf** Just. Beamt. Bd. 2. Th. 2. Abth. 2. Kap. 29. §. 7. und Kap. 45. §. 4. **Danz** Grundsätze des gem. und bürg. Processes, §. 363. S. 511.

nigungs-Eide das Gegentheil erwiesen werden könne; so sehen wir auch keinen hinreichenden Grund, warum man nicht auch die Gewissens-Vertretung hier zulassen sollte. Freilich wird dieser Eid wegen Mangel eines vollständigen Beweises auferlegt, aber dieser Mangel fällt weg, wenn nach geführtem Beweise sich Zeugen oder Dokumente finden, wodurch der Beweis vollständig geführt werden kann. Wäre etwa ein Verdacht wider den Beweisführer da, daß er von den Zeugen oder Dokumenten vorher Wissenschaft gehabt habe; so müßte er sich freilich mittelst Eides von diesem Verdacht reinigen.

§. 4. Ist es nun auch ferner gegründet, daß ein gesetzter Beweis Termin peremtorisch und präjudicial ist, so kommt hiebey doch in Erwägung, daß eigentlich der Beweisführer sich an dem ihm auferlegten Beweise nicht versäumet habe, er hat ihn angetreten aber nur nicht vollständig geführet. Sodann würde dies auch ein Fall seyn, der sich zu einem Restitutions Gesuch wider die versäumte Beweisfrist qualificirte, die gewiß alsdenn doch wohl nicht versagt werden könnte, wenn der Beweisführer nur wahrscheinlich nachzuweisen im Stande wäre, daß er von den Zeugen oder Dokumenten deren er sich jetzt bedienen will, keine Wissenschaft gehabt habe. Denn daß er diese sollte gehabt haben, dagegen streiten alle Vermuthungen, und müßte solches also von dem Gegentheile, der das behauptet, erwiesen werden.

---

467. Meditation.

Die für einen Verschwender, wegen einer von demselben kontrahirten Schuld, übernommene Bürgschaft ist ungültig.

§. 1.

Nach vorhergegangener Untersuchung war der Kajus durch ein gerichtliches Erkenntniß für einen Verschwender erkläret, es waren demselben Curatoren gesetzt, und diese Verfügung war auch öffentlich unter der Verwarnung bekannt gemacht worden, daß niemand demselben bey Verlust seiner Fordrung kreditiren solle. Dieser Verordnung ungeachtet hatte der Titius demselben auf einen Handschein 120 Rthlr. geliehen, und der Mevius hatte die Bürgschaft dafür übernommen. Als nun die, in dem Handschein zur Wiederbezahlung festgesetzte, Zeit verstrichen war, forderte der Gläubiger von den Curatoren des Verschwenders die Bezahlung, die aber solche weigerten. Dies bewog ihn also, sich an den Bürgen zu wenden, der aber ebenfalls keine Bereitwilligkeit zu bezahlen anzeigte, weshalb denn der Gläubiger sich genöthiget sah, den Bürgen gerichtlich in Anspruch zu nehmen.

§. 2.

§. 2. Eine jede Bürgschaft, wenn sie anders gültig seyn soll, setzet nothwendig die Gültigkeit der Hauptverbindlichkeit zum voraus, ob es gleich übrigens nicht darauf ankommt, ob es ein debitum mixtum oder mere naturale sey. *a*) Daß nun aber ein Verschwender sich auf keine rechtsgültige Art verbinden könne, bedarf wohl keines Beweises, und daß daher auch die für denselben übernommene Bürgschaft unverbindlich sey, *b*) folgt von selbst. Dieß sagt ganz deutlich die *L. 6. ff. de verb. obl.*, wo es so heißt:

is, cui bonis interdictum est, stipulando sibi adquirit, tradere vero non potest, vel promittendo obligari, *et ideo nec fideiussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso*.

§. 3. Dieses hier angeführte Gesetz ist an sich schon klar genug, und wird noch mehr die Wahr-

a) §. 1. *J. de fideiuss.* In omnibus autem obligationibus assumi possunt, id est, sive re, sive verbis, sive litteris, sive consensu contractae fuerint. Ac ne illud quidem interest utrum civilis, aut naturalis sit obligatio cui adiicitur fideiussis. *Conf.* L. 1. L. 16. §. 3. et 4. ff. de fideiuss.

b) *Hering* de fideiuss. Cap. 5. Nr. 353. *Struve* ex 47. §. 38. *Walch* introd. in contr. jur. civ. Sect. 3. Cap. 4. Membr. 2. Subsec. 2. §. 2.

Wahrheit unserer Behauptung bestärken, wenn wir nur darauf achten wollen, daß in demselben ein Verschwender einem Unsinnigen gleich geachtet wird.

Sind nun alle von einem Unsinnigen unternommene Handlungen ungültig, *c*) wird es in den Gesetzen *d*) als gewiß festgesetzt, daß die für einen Unsinnigen übernommene Bürgschaft ungültig sey; so muß man auch alles das auf unsern Fall mit vollem Rechte anwenden.

§. 4. Dieß mag zum Beweise unserer Meynung hinreichend seyn, die dadurch noch mehr gewinnen wird, wenn wir die von einigen Rechtsgelehrten *e*) dagegen gemachte Zweifel anführen und deren Unerheblichkeit zeigen werden. Das von uns (§. 2.) angeführte Gesetze wollen jene

c) §. 8. *J. de inut. stip.* Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quid agit. *L. 5. ff. de reg. jur.* — furiosus nullum negotium contrahere potest.

d) *L. 70. §. 4. ff de fideiuss.* Si a furioso stipulatus fueris, non posse te fideiussorem accipere certum est, quia non solum ipsa stipulatio nulla intercessit, sed ne negotium quidem ullum gestum intelligitur. Quod si pro furioso jure obligato fideiussorem accepero tenetur fideiussor.

e) *Stryk* U. M. tit. de fideiuss. §. 8. *Cocceji* J. C. Tit. de pact. qu. 32.

jene so verstanden wissen, daß dem Bürger die actio mandati contraria um Schadloshaltung zu erlangen, gegen den Verschwender nicht zustehe, derselbe aber doch dem Gläubiger verpflichtet sey; weil man annehmen könne, daß er animo donandi die Bürgschaft übernommen habe.

Aber es ist keine einzige Spur in dem Gesetze vorhanden, die uns zu einer solchen Erklärung berechtiget, und eben so wenig geben dazu andere Gesetze Grund, wie wir gleich sehen werden.

§. 5. Der Hauptgrund, auf welchen die gegenseitige Meynung sich stützet, liegt in der *L. 25. ff. de fideiuss.* in welcher gesagt wird:

> Si quis pro papillo, sine tutoris autoritate obligato prodigove vel furioso fideiusserit, magis esse, ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit.

Ohne uns hier um die verschiedenen Erklärungen dieses Gesetzes zu bekümmern, denn, wie uns dünkt, ist das Gesetz deutlich genug, ist es hinreichend hier zu bemerken, daß darin von einem solchen Falle geredet würde, in welchem ein Pupill auch ohne den Beytritt seines Vormundes, und ein Verschwender oder Unsinniger durch die Gesetze selbst (ipso jure) verbunden würden. Daß es solcher Fälle genug gebe, wird niemand leugnen; man braucht hier nur an die Verbindlichkeiten, die aus quasi Kontrakten, und aus den Verbrechen entstehen zu

den-

denken. In der vorhin (Note d) angeführten *L. 70. §. 4. ff. de fideiuss.* heißt es am Ende:

Quod si pro furioso jure obligato fideiussorem accepero tenetur fideiussor.

Was aber in diesem Falle von einem Unsinnigen gilt, muß, wie wir oben gezeigt haben, auch von einen Verschwender gelten.

---

468. Meditation.

Wenn nach geschlossenem Kauf die Veräusserung der verkauften Sache verboten wird, so ist der geschlossene Kauf ungültig und der Verkäufer zur Schadensersetzung nicht verbunden.

§. 1.

Ein Kornhändler aus R. hatte bey seiner Anwesenheit zu L. an einem daselbst wohnenden Kornhändler 240 Scheffel Rocken, 120 Scheffel Gerste und 300 Scheffel Haber verkauft, und sich dabey verbindlich gemacht, dieses Quantum innerhalb drey Wochen abzuliefern, auch sich auf Abschlag der Kaufsumme 150 Rthlr. auszahlen lassen. Nicht lange, nemlich acht Tage nach geschlossenem Kauf, wurde durch ein landesherrliches Edikt die Ausfuhr alles Korns bey harter Strafe verboten.

Der

Der Verkäufer gab hievon sogleich dem Käufer Nachricht, schickte ihm die erhaltenen 150 Rthlr. wieder zurück, und meldete ihm, daß er bey diesem eingetretenen unvorhergesehenen Umstande, ausser Stande sey, den Kontrakt zu erfüllen.

Der Käufer aber wollte sich hiemit nicht abweisen lassen, sondern verlangte, daß ihm der Verkäufer den Schaden, den er durch die nicht geschehene Ablieferung des Korns leide, und den er auf 188⅓ Rthlr. berechnete, indem während der Zeit der Scheffel Rocken in Preise 13 Mgr., die Gerste 10 Mgr. und der Haber 9 Mgr. gestiegen war, ersetze, wozu aber der Verkäufer nicht glaubte schuldig zu seyn.

§. 2. In dem, zwischen beyden hierüber entstandenen Rechtsstreite, suchte der Käufer aus den, sowohl aus der Billigkeit als den Gesetzen hergenommenen Gründen, seine Fordrungen geltend zu machen.

Er sagte nemlich, er habe das von dem Verkäufer gekaufte Korn, zu dem, von ihm an das Korn-Magazin, vermöge des getroffenen Kontrakts, abzuliefernde Getraide bestimmet. Zwar habe er sich, wie die von ihm beygebrachte Briefe bewiesen, alle Mühe gegeben, dem Magazin-Inspector zu bewegen, ihm von seinem an denselben verkauften Quantum, so viel als jenes austrage, zu erlassen, aber seine Bemühungen wären vergebens gewesen. Mit vieler Mühe und Kosten-Aufwand

wand habe er das Korn endlich noch angeschaft, und ob es gleich billig wäre, daß ihm auch dafür Vergütung geschehe, so wolle er doch gerne davon abstehen, wenn ihm nur der Verkäufer den berechneten, auf $188\frac{1}{2}$ Rthlr. sich belaufenden, Schaden ersetze.

§. 3. Zu diesen fügte derselbe noch einige Gesetze zu, die, wie er glaubte, ihm hier das Wort redeten.

Bekannt ist es, daß in den Gesetzen die Veräusserung verschiedener Sachen verboten ist; daß aber, wenn solche verkauft werden, und der Käufer in Unwissenheit ist, der Verkäufer zur Ersetzung des Interesse verpflichtet sey

Qui nesciens, so sagt die *L. 62. ff. de contr. emt. vend.*, loca sacra, vel religiosa, vel publica pro privatis comparavit, licet emtio non teneat, ex emto adversus venditorem experiatur, ut consequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur *a*)

Wenn nun hiernach der Verkäufer zur Erstattung des Schadens, den der Käufer gelitten hat, verpflichtet ist; so scheinet es auch, daß in vorliegendem Falle, ein gleiches Statt finden müsse.

§. 4.

a) Eben so redet L. 4. L. 70. ff. de contr. emt. vend. §. ult. J. de emt. vend.

§. 4. Ja, daß es hier nicht auf den Unterschied ankomme, ob der Verkäufer gewußt habe oder nicht, daß die von ihm verkaufte Sache nicht dürfe veräussert werden, lehret die *L. 19. §. 1. ff. loc. cond.*, worin es so heißt:

Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur, in id, quod interest, nec ignorantia ejus erit excusata, etc.

Es redet nun zwar dieses Gesetz von einem Pachtkontrakt, allein der Schluß von diesem, auf den Kauf scheinet um so mehr richtiger zu seyn, da beyde Kontrakte mit einander nicht nur die größte Aehnlichkeit haben, sondern auch zu Folge der Gesetze *b*) nach einerley Grundsätzen beurtheilt werden müssen.

§. 5. Dies waren die Hauptgründe, die von dem Käufer vorgetragen wurden, dessen Meynung auch verschiedene Rechtsgelehrte beypflichten. *c*)

Allein,

b) §. 1. *J. de loc. cond.* Locatio et conductio proxima est emtioni et venditioni, iisdemque juris regulis consiistit. *Conf. L. 2. ff. loc. cond.*;

c) *Lauterbach* Colleg. theor. pract. Tit. de contr. emt. vend. §. 18. *Franzkius* ad ff. eod. tit. Nr. 67. *Müller* ad Struv. ex 23. th. 9.

Allein, daß alle diese Gründe nichts bewirken können, ist bald einzusehen. In mehrern Stellen unsers Gesetzbuchs wird ausdrücklich gesagt, daß, wenn eine Sache nach geschlossenem Verkauf dem Verkehr entzogen werde, der Verkauf für nicht geschlossen geachtet werde. *d*) Man braucht nur die *L. 34. §. 1. ff. de contr. emt. vend.* anzusehen, worin folgendes enthalten ist:

Omnium rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio reste fit, quas vero natura, vel gentium jus, vel mors civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est.

Eben so redet auch die *L. 8. et 57. ff. de contr. emt.*:

Nec emtio nec venditio sine re, quae veneat potest intelligi.

Domum emi, cum eam et ego et venditor combustam ignoraremus. Nerva, Sabinus, Cassius, nihil venisse quamvis area maneat, pecuniamque solutam condici posse, aiunt.

Diese Gesetze sind so deutlich, daß wir nicht nöthig haben, weiter was hinzusetzen.

§. 6.

d) *Cocceji* Jus cont. tit. de contr. emt. vend. qu. 13. *Walch* introduct. in contr. ju. civ. Sect. 3. Cap. 4. Membr. 4. Subs. 1. §. 3. *Leyser* Sp. 190. Med. 2. 3. 4.

§. 6. Der zur Bestärkung der gegenseitigen Meynung aus der Billigkeit hergenommene Grund, ist hier ganz unrecht angebracht. Der Verkäufer hat in der That noch weit mehr für sich auf die Billigkeit Anspruch zu machen, als der Käufer. Er ist bereit das verkaufte Korn abzuliefern, an ihm liegt die Schuld nicht, daß solches nicht geschehen kann, nur ein Zufall, nemlich die erfolgte Korn-Sperre, legt ihm Hindernisse in den Weg. Wer wird sich also wohl getrauen zu behaupten, daß er hierüber gestrafet werden könne, und das würde er doch, wenn er dem Käufer den durch die nicht geschehene Lieferung erlittenen Schaden erstatten sollte. Es ist also hier ein bloßer Zufall, der keinem angerechnet werden kann.

§. 7. Freylich verurtheilen die §. 2. angeführte *L. 62. §. 1. ff. de contr. emt. vend.* so wie auch die in der (Note a) angeführten Gesetze dem Verkäufer zur Ersetzung des Schadens, wenn er solche Sachen verkauft, deren Veräusserung verboten ist. Allein der Fall, von welchem die Gesetze reden, setzt zum voraus, daß der Verkäufer wohl gewußt habe, daß er die Sache nicht verkaufen dürfe, dem Käufer aber solches unbekannt gewesen sey. Hätte in unserm Falle der Verkäufer nach angelegter Korn-Sperre das Korn verkauft, so würde er, falls der Käufer in Unwissenheit gewesen wäre, allerdings zur Schadens Ersetzung verpflichtet gewesen seyn, weil er alsdenn arglistig

stig gehandelt hätte. Hier aber, wo beyde in gleicher Unwissenheit sind, muß das von selbst wegfallen.

§. 8. Ohne uns weiter darum zu bekümmern, in wie weit man von einem Pachtkontrakt, auf den Kaufkontrakt schliessen könne, wollen wir nur bemerken, daß in dem in der *L. 19. §. 1. ff. loc. cond.* erzählten Falle, der Verpächter nachlässig handelte, daß er die von ihm vermiethete Fässer vorher nicht untersucht hatte. Mußte er daher den ausgelaufenen Wein bezahlen, so war das die Strafe seiner Nachlässigkeit.

Hier aber ist keine Nachlässigkeit, da die nur alsdenn da seyn würde, wenn der Verkäufer zur rechten Zeit das Korn nicht abgeliefert, und nach verflossener Ablieferungszeit, die Korn-Sperre wäre angelegt worden.

Mit Recht wurde daher der Käufer mit seiner Klage abgewiesen, und in die Kosten verurtheilet.

469.

469. Meditation.

Dem Eigenthümer eines Hauses steht keine stilleschweigende Hypothek, auf den eingebrachten Sachen des Bewohners desselben, wegen des an dem Hause zugefügten Schadens zu, wenn dieser unentgeldlich das Haus bewohnt hat.

§. 1.

In einer gewissen Sache wurde darüber gestritten: ob die stilleschweigende Hypothek, welche dem Verpächter auf den eingebrachten Sachen des Pächters auch in dem Falle zusteht, wenn dieser an der verpachteten Sache Schaden verursacht, auch darauf zu erstreben sey, wenn der Eigenthümer jemand sein Haus unentgeldlich hat bewohnen lassen, und solches von demselben beschädiget worden ist.

§. 2. Dem ersten Ansehen nach, scheinet es, daß jene Frage bejahet werden müsse, denn die *L. 2. ff. in quib. caus. pign. vel hyp. tacit cont.* redet ganz allgemein. Es heißt darin:

> Non solum pro pensionibus, sed et si deteriorem habitationem fecerit culpa sua inquilinus, quo nomine ex locato cum eo erit actio, invecta et illuta pignori erunt obligata.

Da

Da nun das Wort *inquilinus* jeden Einwohner andeutet, so hat es das Ansehen, daß es keinesweges auf den Umstand ankomme, ob jemand für die Bewohnung Geld gebe, oder nicht.

§. 3. Wir haben schon mehrmals gezeigt, *a*) daß stillschweigende Hypotheken nicht anders als da, wo klare gesetzliche Verordnungen da sind, Statt finden, und keinesweges von einem Fall auf den andern ausgedehnt werden dürfen. Zu einer solchen gesetzlichen Verordnung gehört aber das (§. 1.) angeführte Gesetz gar nicht. Denn wenn gleich unter dem Worte *inquilinus* jeder Einwohner, er mag Miethe oder nicht geben, begriffen ist; so ist doch noch ein großer Unterschied unter demjenigen der für die Wohnung Miethe bezahlt, und demjenigen der unentgeldlich wohnt.

§. 4. Allein alle Zweifel werden verschwinden, wenn wir nur die *L. 5. ff. in quib. caus. pign. vel hyp. tacit cont.* ansehen wollen, worin ganz deutlich gesagt wird, daß bey unentgeldlich verstatteter Wohnung keine Hypothek auf die eingebrachten Sachen des Bewohners Statt finde.

Si

a) Meditationen Band 1. Meditat. 3. 22. 35. Band 4. Meditat. 250. Band 5. Meditat. 271. 285.

Si gratuitum habitationem, dies sind die Worte des Gesetzes, conductor mihi praestiterit invecta a me domino insulae pignori non esse.

Aus diesen Grund wurde daher auch der Eigenthümer des Hauses sein sich an den Sachen des Bewohners desselben, zugeeignetes Pfand-Recht, überkannt.

---

470. Meditation.

Bey einem Kommissarius, dem die Untersuchung und Entscheidung einer Sache aufgetragen ist, kann auch die Intervention angebracht werden.

§. 1.

In der 403. Med. des 8ten Bandes haben wir gezeigt, daß ein Kommissarius in einer ihm aufgetragnen Sache allerdings berechtiget sey, Straf Befehle zu erlassen, und den neuen Bau zu inhibiren.

Ob aber ein Kommissarius eben so befugt sey, eine Intervention anzunehmen, dies wurde in einer gewissen Sache von dem Kläger bezweifelt.

Die Sache selbst war diese: In einem zwischen A und B entstandnen Proceß wegen Gränz-Irrungen, wurde von der Landes Regierung ein Kom-

Kommissarius zur Untersuchung und Entscheidung der Sache ernannt. Während dieses Processes kam der C, von welchem der Beklagte vor langen Jahren die Grundstücke, über deren Gränzen jetzt gestritten wurde, gekauft hatte, mit einer Intervention ein, um die Rechte des Beklagtens mit zu vertheidigen. Diese Interventions Schrift wurde dem Kläger, um sich darüber vernehmen zu lassen, mitgetheilet, wozu derselbe sich aber aus dem Grunde nicht verstehen wollte, weil, wie er behauptete, es nicht in der Macht des Kommissarius stehe, eine Intervention anzunehmen.

§. 2. Dieser Behauptung des Klägers traten auch verschiedne Rechtsgelehrte *a*) bey, und scheinet auch deren Behauptung um so mehr gegründet zu seyn, weil jede Kommissionen stricte zu erklären sind, und nach dem buchstäblichen Inhalt des Kommissoriums beurtheilt werden müssen. Und eben so ist es auch wahr, daß wenn der Kommissarius die ihm vorgeschriebenen Gränzen überschreitet, er nichtig handle *b*).

§. 3. Aber so wahr dies alles gleich ist, so ungezweifelt richtig ist es denn doch auch, daß ein

a) *Ruland* de commiss. part. 1. lib. 5. cap. 9. *Mevius* part 6. dec. 255. *Barth* hodeg. for. cap. 1. §. 4. Fredersdorf Justiz Beamten Band 3. Th. 2. Absch. 9. §. 5.

b) Cap. 21. 37. 40. X. de off. et potest. jud. deleg. Cap. 22. X. de rescr.

ein Kommissarius alles das, was mit seiner Kommission in Verbindung steht, und ohne welches sie nicht ausgeführt werden kann, unternehmen könne, und zwar deswegen, weil wie es in *cap. 5. X. de off. et potest. jud. del.* heißt:

ex eo, quod causa sibi committitur, super omnibus quae ad causam ipsam spectare noscuntur, plenariam recipit potestatem.

Aus diesem also, und auch daraus, daß die Intervention ein in dem Proceß vorkommender Incident Punkt ist, der da angebracht werden muß, wo die Hauptsache anhängig ist, folgt von selbst, daß ein Kommissarius, dem die Entscheidung der Sache aufgetragen ist, eine bey ihm angebrachte Intervention anzunehmen, und darüber zu erkennen, befugt sey *c*).

c) *Gail* lib. 1. obs. 70. nr. 2. *Carpzov* part. 1. const. 3. def. 30. nr 4. *Martini* Comment. far. ad ord. proc. Tit. 15. §. un nr. 30. *Boehmer* J. 2. Tom. 1. lib. 1. Tit 29. §. 35. Danz Grundsätze des g. v. b. Processes, §. 478. S. 676.

471.

471. Meditation.

Ueber die Anwendung der L. un. C. de studiis liberal. urbis Romae etc.

§. 1.

In der *L. un. C. de studiis liber. urb. Rom.* ist verordnet, daß die Wohnungen und Hörsäle der Lehrer von einander abgesondert seyn sollen, damit nicht, wie es am Ende dieses Gesetzes heißt

> discipuli, sibi invicem possint obstrepere vel magistri; neve linguarum confusio permixta, vel vocum, aures; quorundam aut mentes a studiis literarum avertat.

§. 2. Aus diesem Gesetze hat man nun ein besonders Privilegium in Ansehung der Gelehrten hergeleitet, nemlich dieses, daß Gelehrte befugt wären zu verhindern, daß Handwerker die ein Geräusch machen, sich neben ihren Wohnungen einmiethеten. Allein hievon ist, wie jenes Gesetz lehrt, nichts in demselben enthalten; nur durch eine fast allgemeine Observanz ist es hergebracht, daß auf den Universitäten solche Handwerker, die bey ihren Arbeiten vielen Lärm und Geräusch machen, ihre Wohnungen nicht bey den Wohnungen der akademischen Lehrer nehmen dürfen.

§. 3. Wenn also die Frage entstehet, ob das, aus jenem Gesetz hergeleitete Privilegium, auch auf andere außerhalb einer Universität wohnende Gelehrte gehe? so muß jene Frage billig verneinet werden *a*), und zwar einmal deswegen, weil, wie wir schon gesagt haben, in jenem Gesetze, überhaupt von einem solchen Privilegium nichts vorkommt, und fürs zweyte auch, wenn gleich akademische Lehrer ein solches Vorrecht nach jenem Gesetze haben sollten, solches doch nicht auf andere Gelehrte ausgedehnt werden darf, indem alle Privilegien einschränkend zu erklären sind, und von einem Fall auf den andern nicht ausgedehnt werden dürfen.

§. 4. Aus diesem Grunde können wir so wenig denjenigen Gelehrten *b*) beypflichten, die jenes Privilegium auf jede andere, auch außer der Akademie lebende Gelehrte, ausdehnen, als denjenigen *c*), die solches blos den Doctoren zugestehen. Denn für beydes ist in jenem Gesetze kein

a) *Walch* introd in contr. jur. civ. rec. Sect. 3. membr. 4. subs. 2. §. 4. **Weber** von den natürl. Verbindlichkeiten. Abth. 2. S. 206. **Höpfner** im Commentar über die Instit. §. 885. S. 760. **Hymnen** in den Beyträgen zur jurist. Lit. in den Preuß. Staaten. Samml. 7. S. 56.

b) *Carpzov* part. 2. const. 37. def. 23.. *Lynker* Cons. et Resp. vol. 2. resp. 147. *Stryk* de jure sensuum diss. 3. cap. 2. nr. 10.

c) *Coler* de proc. execut part. I. cap. 4. nr. 8.

kein Grund vorhanden. Es ist also auch unnöthig, hier noch der Einschränkungen zu erwähnen, unter welchen jene Rechtsgelehrten jenes Vorrecht den Gelehrten zubilligen, und begnügen wir uns nur noch hier anzuführen, daß in einem Rechtsstreite, wo ein Doctor der Arzeney-Gelehrsamkeit, einem Schmid, der sich neben seiner Wohnung ein Haus gemiethet hatte, nicht in seiner Nachbarschaft dulden wollte, mit seiner Klage abgewiesen wurde.

---

472. Meditation.

Eine bezahlte Spielschuld kann wieder zurückgefordert werden.

§. 1.

Nach dem römischen Rechte ist es gar keinem Zweifel unterworfen, daß eine bezahlte Spielschuld noch innerhalb 50 Jahren nicht bloß von dem Spieler selbst, sondern auch von dessen Erben zurückgefordert werden könne. Um uns davon zu überzeugen, brauchen wir nur die *L. 1. C. de aleat.* anzusehen, welche hierüber folgendes enthält:

> Victum in aleae lusu, non posse conveniri, et si solverit habere repetitionem tam ipsum quam heredes ejus adversus victorem et ejus heredes; idque perpetuo et post triginta annos.

annos. Quod si vel ipse vel ejus heredes repetere neglexerint, liceat unicuique volenti, et praecipue civitatis, in qua id factum est, primati, vel desensori repetere, et in Opera civitatis expendere.

§. 2. Verschiedene Rechtsgelehrte *a*) halten aber dafür, daß jene gesetzliche Verordnung nicht mehr im Gebrauch sey, und lassen die Zurückforderung einer Spielschuld nicht anders zu, als wenn entweder bey dem Spiele ein Betrug vorgefallen; oder einer zum Spiel gereitzet; oder nicht bloß Geld, sondern Kleider und Hausgeräthe verspielet worden; oder durch die Bezahlung der Spielschuld die Familie des Verspielers gelitten hat.

Allein für alle diese hier angeführten Einschränkungen ist nicht der mindeste Grund vorhanden, vielmehr bezeugen mehrere Rechtsgelehrte *b*), daß das, was die Römischen Rechte in Absicht der Spiele verordnen, bey uns so lange Anwendung finde, bis durch Landesgesetze *c*) ein anders

a) *Carpzov* Resp. lib. 6. resp. 96. nr. 2. *Brunnemann* ad L. 1. ff. de aleat. *Gröneweg* de legibus abrogatis ad pr. Tit. de aleat.

b) M. s. die 95. Med. des 2ten B.

c) In den allgemeinen Gesetzbuch für die Preuß. Staaten Th. 1. Tit. 11. §. 577. 678. ist hierüber folgendes enthalten:

Wegen

ders verordnet sey. Was aber insbesondere die in der angeführten L. 1. C. de aleat. enthaltene gesetzliche Verordnung betrift; so erweisen die von verschiedenen Rechtsgelehrten *d)* angeführte Fälle, daß noch nach jenem Gesetze gesprochen werde.

§. 3. Dieses zum vorausgesetzt, wollen wir hier einen Fall anführen, in welchem über die Frage: ob ein Verspieler die von ihm bezahlte Spielschuld wieder zurückfordern könne? gestritten wurde. Der Fall war dieser: es hatte jemand in einem Chartenspiel vor und nach eine Summe von 106 Rthlr. verlohren, und diese Summe an dem Gewinner auf einmal ausgezahlet.

Bald nachher gereuete ihm die geschehene Zahlung, und forderte er daher diese Summe von dem Gewinner zurück, der aber zur Zurückzahlung nicht schuldig zu seyn glaubte, weswegen denn der Verliehrer gegen denselben Klage anstellte.

§. 4. Von dem Beklagten wurde folgendes der Klage entgegengesetzt. Er behauptete, daß

Wegen Spielschulden findet keine gerichtliche Klage statt — Was aber jemand in erlaubten Spielen verloren und wirklich bezahlt hat, kann er nicht zurückfordern.

d) *Cocceji* J. C. Tit. de aleat qu. 1. *Wernher* Tom. 2. p. 8. obs. 214. *Horn* Cons. et Resp. Cl. 11. resp. 110. nr. 6. *Berger* oec. jur. lib. 3. Tit 10. §. 7. not. 4, et in elect. disc. forens. part. 1. suppl. Tit. 5. §. 11.

daß das, was in den römischen Gesetzen in Absicht der Spiele festgesetzt sey, bey uns keine Anwendung leide, indem jene Gesetze nicht recipiret wären, wie solches von vielen Rechtsgelehrten nicht nur behauptet, sondern auch aus der **Fußknechts Bestallung von 1570. Nr. 211.** klar sey, in welcher es so heiße:

> Es soll auch keiner dem andern auf dem Spiel aufschlagen noch weiter denn er baar Geld hat, spielen; wo aber einer dem andern viel oder wenig auf Borg abgewinne, soll ihm der andere nichts darum zu zahlen schuldig seyn.

§. 5. Ferner sey hier, wenn man annehmen wolle, daß die Spiele unerlaubt wären, und das aus denselben bezahlte Geld wieder zurückgefordert werden könne, eine turpitudo von beyden Seiten da, in welchem Fall keine Zurückforderung statt finde. Denn so sage die *L. 3. ff. de condict. ob turp. vel injust. caus.* ganz deutlich:

> Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus: veluti si pecunia detur ut male judicetur.

und die *L. 8. ff.* und *2. C. eod. Tit.* setzen es als Regel fest

> quod in pari causa, ubi et dantis et accipientis turpis causa sit, conditio possessoris melior habeatur.

§. 6. Wenn wir jene Gründe nur einer kurzen Prüfung unterwerfen wollen, so werden wir uns bald von der Unerheblichkeit derselben über-

überzeugen können. Den Grund, den man von der nicht geschehenen Reception der *L. 1. C. de aleat.* hernimmt, kann hier in keinen Betracht kommmen, da für die Reception so lange gesprochen werden muß, bis das Gegentheil erwiesen ist. Dieser Beweis kann aber keinesweges durch Behauptungen des einen oder andern Rechtsgelehrten geführt werden, besonders hier in unserm Falle nicht, da mehrere Rechtsgelehrte derselben widersprechen. Eben so wenig paßt auch die aus der **Fußknechts Bestallung** angeführte Stelle hieher, die nur bloß auf Soldaten geht, und überhaupt auch diesen Fall nicht entscheidet.

§. 7. Wahr ist es nun zwar, daß da, wo von Seiten des Gebers und Nehmers eine turpitudo da ist, keine Zurückforderung statt finde. Allein auch das will hier nichts sagen, da jener Grundsatz dann wegfällt, so bald in einem oder anderm Falle durch die Gesetze ein anders disponiret worden ist. Und wenn endlich, wie wir schon in der 160. **Med.** des 3. **Bds.** erwiesen haben, ein über eine Spielschuld eingegangner Vergleich ungültig ist, und nicht daraus geklagt werden kann; so können wir noch weit eher behaupten, daß eine Spielschuld wieder zurückgefordert werden könne; und zu dieser Zurückgabe wurde auch der Beklagte schuldig erkannt.

---

473. Meditation.

Gastwirthe sowohl, als auch diejenigen, welche zugeben, daß in ihren Häusern verbotene Spiele gespielt werden, können in dem Fall, wenn ihnen von den Spielern Schaden zugefügt worden ist, nicht auf Ersetzung desselben klagen.

§. 1.

Einem Gastwirth war von einer Gesellschaft Spieler, welche in seinem Hause bis in die späte Nacht das sogenannte Hazardspiel vingt un gespielet hatten, ein beträchtlicher Schade, der von dem Wirthe auf 60 Rthlr. angeschlagen wurde, zugefügt. Unter diesen Spielern war nemlich ein Streit wegen betrüglichen Spiels entstanden, welcher zuletzt in Thätlichkeiten ausgebrochen, und wo bey dem Wirthe Spiegel, Gläser, Fenster-Scheiben zerschlagen und mehrere Sachen verdorben waren. Der Wirth, welcher an dem Spiele keinen Theil genommen hatte, klagte hierauf gegen einen der Spieler auf Ersetzung des erlittenen Schadens.

§. 2. Daß nun in den Fällen, wo mehrere jemand einen Schaden zugefügt haben, die Klage gegen einen Theilnehmer aufs Ganze angestellet werden könne, ist zwar nicht zu bezweifeln

feln *a*). Aber darauf kam es hier nicht an, sondern darauf, ob hier überhaupt eine Klage statt finde? und dies letztere muß, wenn wir nach den Gesetzen urtheilen wollen, verneinet werden *b*).

Praetor ait: so heißt es in der *L. 1. ff. de aleat.* Si quis eum, apud quem alea lusum esse dicetur, verberaverit damnumve ei dederit, sive quid eo tempore dolo ejus subtractum est, judicium non dubo in eum.

§. 3. Es wurde nun zwar von Seiten des Wirths eingewendet, daß diese gesetzliche Disposition bey uns keine Anwendung leide *c*), und wenn das auch wäre, ihn solche um so weniger treffen könne, da er keinen Theil so wenig an dem Spiele als an der Schlägerey genommen habe; überhaupt daß auch, wenn man jenes Gesetz so gelten lassen wollte, dies das sicherste Mittel seyn würde, jemand Schaden und Beleidigungen ungestraft zufügen zu können.

§. 4. Wir haben schon mehrmals und auch noch in der vorhergehenden Meditation gesagt, daß da das römische Recht bey uns angenom-

a) Meditationen B. 6. Med. 314.

b) *Hahn* ad Wesenb. Tit. de aleat. nr. 2. *Berger* resol. leg. obst. *Schilter* ex 21. §. 23. *Steyk* U. M. de aleat. §. 11. *Cocceji* jus contr. eod. Tit. qu. 3.

c) *Wissenbach* ad ff. ex 23. §. 16. *Brunnemann* ad L. 1. ff. de aleat.

nommen worden ist, auch nach demselben der Regel nach gesprochen werden müsse. Das, im §. 2. angeführte Gesetz sagt aber deutlich, daß den Gastwirthen oder jedem andern, der in seinem Hause Spiele duldet, keine Klage wegen zugefügter Beleidigung und Schaden zustehe. Ja, so wie der §. 3. jenes Gesetzes lehrt, findet nicht einmal bey geschehener Entwendung die rei vindicatio oder conditio gegen den Entwender statt. Quod autem Praetor negat, dies sind die Worte jenes §., se furti actionem daturam, videamus, utrum ad penalem actionem solam pertineat, an et si ad exhibendum agere velit, vel vindicare, vel condicere, et est relatum apud Pomponium, solummodo poenalem actionem denegatum, qnod non puto verum, Praetor enim simpliciter ait: *si quid subtractum erit, judicium non dubo.*

§. 5. Ob nun ferner der Wirth an dem Spiele und an der Schlägerey Theil genommen habe oder nicht? darauf kommt es hier nicht an, da das Gesetz allgemein, ohne auf jenen Unterschied zu achten, redet. Und eben so fällt auch die Besorgniß, daß dadurch einer angereitzet werde, Schaden und Beleidigung jemanden zuzufügen, weg, da, wenn gleich die privat Genugthuung aufhöret, doch der Obrigkeit unbenommen bleibt, dergleichen Unfug zu bestrafen.

So ist also diese Sache nach dem gemeinen Recht zu betrachten. Hievon weicht das Allgemeine Gesetzbuch für die Preuß. Staaten ab,

ab; wo es Th. 2. Tit. 20. §. 1304. u. f. so heißt:

Gast- und Kaffee-Wirthe, und überhaupt alle Unternehmer öffentlicher Zusammenkünfte, welche verbotene Spiele bey sich dulden, sollen 300 Rthlr. Strafe entrichten. — Haben sie zu solchen Spielen verschlossene Zimmer hergegeben, oder sonst zu der Verheimlichung mitgewirket, so wird die Strafe verdoppelt. — Werden sie zum zweytenmal wegen einer solchen Uebertretung zur Verantwortung gezogen und schuldig befunden; so sollen sie außer der Geldbuße, mit dem Verlust ihres Gewerbes bestraft werden. — Officianten, welche von Hazardspielen ein Gewerbe machen, sollen ihres Amts entsetzt werden.

---

474. Meditation.

Wenn jemand eine Sache an ein entferntes Mitglied der Familie verkauft hat, so kann der nähere Verwandte den Retract nicht ausüben.

§. 1.

A hatte ein ihm zugehöriges von seinen Vorfahren ererbtes Haus an seinen Verwandten dem *B* verkauft. Der *C* welcher weit näher als der Käu-

Käufer mit dem *A* verwandt war, verlangte das Näherrecht, und so entstand die Frage: ob dieser zur Ausübung des Näherrechts berechtiget sey? *a*)

§. 2. Der einzige und wahre Grund des Familien Näherrechts ist dieser, daß Stamm- und Erbgüter in der Familie bleiben und nicht in fremde Hände kommen. Schon dieser Grund lehret uns, daß das Näherrecht von Seiten des nähern Verwandten wegfallen müsse, wenn die Sache an einen entfernten in der Familie ist verkauft worden, da alsdenn die Sache noch immer in der Familie bleibt *b*).

§. 3.

a) Es bejahen diese Frage *Reinking* de reb. consang. qu. 2. nr. 350. *Struv* Jurispr for. lib. 3. Tit. 11. §. 33. *Berlich* part. 2. const. 39. nr. 34. *Leyser* spec. 193. cert. 1. Hingegen wird sie verneint von *Stryk* de Suc. ab int. diss. 6. cap. 3. §. 13. *Wernher* part. 5. obs. 153. Walch Näherecht, S. 359. §. 22.

q) Allgem. Gesetzbuch für die Preuß. Staaten, 2ter Th. 4ter Titt. 6ter Absch. §. 231. 232. Das Näherrecht erstreckt sich nur auf Güter, die wenigstens schon von zwey Mitgliedern der Familie nach einander, den gegenwärtigen Veräuserer ungerechnet, besessen worden. — — Es findet nur statt, wenn die Veräuserung an einem Fremden, nicht aber, wenn sie an ein obgleich entferntes Mitglied der Familie erfolgt.

§. 3. Es ist wahr, daß in dem Falle, wenn ein Stamm- oder Erbgut an einem Fremden verkauft wird, der nächste Verwandte des Verkäufers vor den entferntern einen Vorzug habe, so daß letztrer, wenn er das Näherrecht auch eher sollte verlangt haben, doch dem erstern nachstehen muß. Aber hier ist auch ein ganz, von dem unsrigen verschiedner, Fall da, denn hier war die Sache nicht an einem aus der Familie, sondern an einem Fremden verkauft, und da wird bey Ausübung des Näherrechts im Fall mehrere Verwandte die sich desselben bedienen wollen, auf die nahe und entfernte Verwandtschaft gesehen.

§. 4. Gleichergestalt steht uns auch nicht das aus *2. feud. 26. §. Titius* entgegen.

Es heißt daselbst.

Titius filios masculos non habens, partem suam feudi Sejo, partem ejusdam feudi possidenti agnato suo concessit. Sempronius proximior agnatus, mortuo demum Titio parten illius feudi nullo dato pretio recuperare potest. Quod si Titius filios proprios haberet, pretio reddito etiam vivo Titio: quod si consensit alienationi, vel per annum, ex quo scivit, tacuit: omnino removebitur.

Wenn nun gleich hier das Näherrecht den Kindern auf den Fall zugestanden wird, wenn das Lehn an entferntere Verwandten verkauft worden; so läßt sich doch daraus kein Schluß auf gegenwärtigen Fall machen. Denn hier haben

die nächsten Agnaten als nächste Lehnsfolger ein vorzügliches Recht vor den entfernten Verwandten, und kann man auch nicht das, was bey einem Lehn Rechtens ist, auf das Näherrecht anwenden.

---

475. Meditation.

Ein Rechtsstreit darüber: Ob ein zwischen zwey benachbarten Grundstücken gesetztes Riegelwerk, für die Bezeichnung der Grenze anzunehmen sey?

§. 1.

In folgendem, unter zwey Nachbaren veranlaßten Rechtsstreite, war es zweifelhaft, ob ein, zwischen ihren beyderseitigen Wiesen, gemeinschaftlich gesetztes Riegelwerk, die Grenze bezeichne.

Es wurde nemlich vor einigen 20 Jahren, zur Abwendung vieler nachtheiligen Ueberschwemmungen im Amte S., dem durch viele Krümmungen diesen Schaden veranlassenden Flusse, auf landesherrliche Verordnung, mittelst Abstechung eines Kanals eine grade Richtung gegeben, und den Interessenten durch deren Grundstücke der neue Kanal gezogen war, zu deren Entschädigung das alte Flußbett eingeräumet. Ein gleiches

ches wiederfuhr auch dem Colonus *B*. durch dessen Grundstücke der neue Kanal gegraben war. Das ihm dafür gewordene Aequivalent des alten Flußbettes, grenzte an die Pertinenzien seines Nachbarn *A*. an diesem Flusse. Beyde Colonen hatten vor Anlage dieses Kanals an beyden Ufern des alten Flusses, Wiesen liegen. Die Grenze der Wiese des Colonus *A*. erstreckte sich bis an das Ufer dieses Flusses, welches derselbe mit vielen Weiden besteckt und bepflanzt hatte.

Im Jahre 1791, als beyde Colonen ihre bisherigen Wiesen zu Hudekämpen benutzen wollen, kommen sie darin überein, zwischen denselben ein Riegelwerk zu setzen, und gemeinschaftlich die Kosten zu stehen. Beym Setzen dieses Riegelwerks geben beyde Colonen ihren Arbeitsleuten die Weisung, zur Verhütung der Krümmungen, und um dem Riegelwerke, so weit es thunlich, eine etwas gerade Richtung zu geben, jedem der beyden Colonen, da wo einem von dem Seinigen etwas entgienge, solches auf einer andern Stelle demselben von des andern Grunde wieder ersetzen. Beyde Nachbaren bezeigen auch über die Setzung dieses Riegelwerks, durch welches ein Theil Kopfweiden, welche *A* am Ufer des alten Flusses gehabt, auf die andere Seite nach der Wiese des Colunus *B* hin, zu stehen kommt, ihre Zufriedenheit. *A* benutzt indes diese Weiden, auf der andern Seite des Riegelwerks, und läßt solche einige mal köpfen.

Nach Verlauf von drey Jahren läßt *B* als er einen Theil seines Hudekamps zu Ackerland umschaffen, und das alte Flußbette umpflügen will, einige von diesen Weiden abhauen und nach seinem Hofe fahren.

A damit unzufrieden, beschweret sich darüber beym Amte, welches auf einen Augenschein erkennet, und solchen einnimmt. Bey dessen Einnehmung ist das ehemalige Ufer überall nicht mehr kenntlich, beyde Theile sind aber darüber einig, daß das von ihnen vorgewiesene Riegelwerk, nach ihrer Uebereinkunft gesetzt sey; nur behauptete der beklagte *B*, daß dieses Riegelwerk zugleich auch die Grenze zwischen seinen und des Klägers Grundstücken habe bezeichnen sollen, welchem aber dieser widerspricht, und behauptet, daß er nie die Meynung gehabt habe, durch dieses Riegelwerk sich seines Eigenthums an den Weiden, und an dem Grunde derselben zu begeben, sondern daß die Grenze noch wie vor, das alte Ufer des Flusses seyn solle.

Des Klägers dabey vorgeschlagene Zeugen, bestimmen die ehemalige Grenze, wie vorhin bemerkt ist, und behaupten auch, daß Kläger, nach der Zeit, wie schon das Riegelwerk gestanden habe, die Weiden habe köpfen lassen, welches dem Beklagten nicht könne unbekannt geblieben seyn, weil dies Köpfen einige Tage lang gewähret.

Des Beklagtens Gegenbeweis Zeugen, sagen wegen Setzung des Riegelwerks so aus, wie oben erzählt ist.

Hier.

Hierauf erfolgt der Bescheid: Da sowohl nach dem eingenommenen Augenschein, als dem eydlichen Aussagen der Zeugen des Beklagten, daß zwischen den Grundstücken beyder Theile eingesetzte Riegelwerk die Grenzlienie derselben jetzt bezeichnet, für selbige auch von beyden Theilen schon drey Jahre anerkannt ist: so ist zwar Beklagter, des Klägers, auf seinem Grunde ausgeschnadeten, Weiden, daselbst stehen zu lassen nicht schuldig, jedoch aber auch nicht befugt gewesen, eigenmächtig solche wegzuräumen, weshalb denn derselbe wegen dieses eigenrichterlichen Verfahrens, in ein Goldgulden Strafe verurtheilt wird.

§. 2. Von diesem Bescheide nimmt Kläger seinen Recurs an das Obergericht, und setzt seine Beschwerden darin

Daß das von ihm und seinem Nachbahr dem Beklagten gesetzte Riegelwerk, für die Grenzlienie angenommen worden, und Beklagter für befugt geachtet sey, die auf seinem des Recurrenten Eigenthum gestandene Weiden abgehauen und sich zuzueignen.

Zur Begründung dieser Beschwerden führt er hauptsächlich dieses an:

Bey der Setzung des Riegelwerks sey nicht unter beyden Theilen verabredet worden, daß dadurch eine immerwährende Grenze festgesetzt, und die Weidenbäume ein Eigenthum des Recursen werden sollten, sondern jenes sey nur Behuf der Hude, im Fall das Land zu Hude-

kām-

kämpen gebraucht werden sollte, gesetzt worden. Er habe daher auch sein Eigenthum jenseits des Riegelwerks behauptet, und die daselbst gestandenen Weiden alle Jahre geköpfet.

Keiner der Zeugen habe die Uebereinkunft bewahrheitet, daß dieses Riegelwerk die Grenze seyn sollte; es stelle weiter nichts vor als eine temporelle Befriedigung beyder Besitzungen, gegen das Ueberlaufen des Viehes, wobey keiner von beyden Theilen so genau auf die alten Grenzen zu sehen, Ursach gehabt, indem diese ganz genau von dem alten Ufer des Flusses bezeichnet gewesen. Diese alte Grenze habe er auch bisher durch Abköpfung der jenseits gestandenen Weiden gewahret, und durch diese Handlung einer etwaigen Dereliction widersprochen.

Ob er nun gleich zuversichtlich erwarten könne, es werde dem Recursen der Beweis auferlegt werden: „daß das Riegelwerk mit beyderseitigem Willen und Uebereinkunft zur Grenze „angenommen, und dagegen von ihm Recurrenten auf die vormalige Grenze, so wie auf „das Eigenthum der befragten Weiden Verzicht geleistet sey" — so wolle er dennoch um kurz aus der Sache zu kommen, demselben über diesen entscheidenden Gegenstand den Eyd antragen, und dessen Erklärung gewärtigen.

§. 3. Recurse erwiedert dagegen:

Bey Anlegung des neuen Kanals sey sehr häufig der Fall gewesen, daß das alte Flußbette

bette zwischen den Grundstücken verschiedener Eigenthümer, an beyden Seiten des Flusses die Grenze ausgemacht habe. Diese Grenze würde aber hier und da, bey Ausfüllung und Uebermachung des alten Flußbetts ganz unkenntlich geworden seyn, wenn nicht die Interessenten, solche auf eine andere Art kenntlich zu machen gesucht hätten. Eben dies sey der Fall bey mehrern, und auch bey Recursen und Recurranten gewesen. Zur Verhütung künftiger Irrungen, sey von ihnen beliebet worden, den ganzen Distrikt, wo vorhin das Flußbett die Grenze gewesen wäre, mit einem Riegelwerke zu besetzen, und somit die Grenze zwischen beyderseitigen Grundstücken zu bestimmen. Ein jeder Theil habe davon die Hälfte, und zwar in, so viel möglich, gerader Richtung dergestalt setzen lassen, daß um die vielen Krümmungen zu vermeiden, solches an einigen Stellen auf Recurrentens, und dagegen an andern Stellen wieder, auf des Recursen Grund und Boden hätte ausgerückt werden müssen; womit sie beyden denn auch nachher sehrwohl zufrieden gewesen wären.

Die Vermuthung streite allemal dafür, daß dies gesetzte Riegelwerk die Grenze habe bezeichnen sollen, und wenn dieses des Recurrenten Meynung und Wille damals nicht gewesen sey: so habe er dieses zu der Zeit gleich deutlich erklären müssen.

So wie man sich bey angrenzenden Ländereyen verschiedener Eigenthümer, zur Bezeichnung

nung der Grenze der Steine bediene, so bediene man sich auch bey Wiesen und Weiden der Riegelwerke, weil diese zugleich zur Befriedigung dienten.

Die auf dem eingeschnadeten Bezirk befindlichen Weidenbäume verlange er zwar nicht, er sey aber auch nicht schuldig, solche auf dem Seinigen länger zu dulden, weil sie jetzt, da er sein Grundstück als Ackerland benutze, ihm zu viel Schaden zufügten.

Es sey zwar wahr, daß er dem Recurrenten das Köpfen der Weidenbäume nicht gewehret habe, das ändere aber die Sache gar nicht; denn so lange er sein Grundstück als Viehweide gebraucht, wären die Weiden unschädlich gewesen, und so lange habe er es zugegeben, daß Recurrent solche stehen gelassen, und benutzt habe, weil der Distrikt, auf welchem die Weidenbäume stünden, so gut sein Eigenthum geworden wäre, wie dasjenige dem Recurrenten eigenthümlich zustehe, was von seinem des Recursens Grund und Boden, zu des Recurrenten Grundstück gekommen sey.

Wenn nun gleich Recurrent nicht verbis directis bey der Setzung des Riegelwerks gesagt habe, daß dieses auch als Grenze gelten solle; so habe doch schon seine Einwilligung hinlänglich genug, in den vorhin angeführten Umständen, und in seiner Zufriedenheit, die er bey Setzung des Riegelwerks gezeiget, gelegen; eine stillschweigende Genehmigung habe mit der ausdrücklich erklärten, einerley Wirkung, und wenn

Recur-

Recurrent damals bey der Setzung eine andere Absicht gehabt habe, so sey er in culpa, weil er solche nicht von sich gegeben.

Unter diesen Umständen sey also jetzt nicht mehr die Rede von einem Beweise, dessen thema probandum in nichts anders würde bestehen können, als, daß bey Anlegung des Riegelwerks beyde Theile übereingekommen wären, daß dasselbe zu einem andern Zweck, als Grenzbezeichnung, dienen solle.

Da nun das gesetzte Riegelwerk nichts anders als Grenzberichtigung zum Zweck gehabt, so könne von einem weitern Beweise nicht mehr die Rede seyn, und stelle sich also die von Recurrenten zur Hand genommene Eydeszuschiebung als unstatthaft dar.

§. 4. Bey Entscheidung dieser Sache kommt es darauf an: ob das von beyden Theilen gesetzte Riegelwerk als Grenze anzunehmen, oder ob Recurse noch schuldig sey, sich über den, von Recurrenten ihm zugeschobenen Eyd, aut acceptando aut referendo zu erklären?

Auf letzteres wurde erkannt, aus folgenden Gründen:

Es hat zwar den Anschein, daß, da die zum Augenscheins-Protokoll in erster Instanz, endlich abgehörten Zeugen des Recursen ausgesagt haben, daß beyde Nachbahrte das befragte Riegelwerk, jeder zur Hälfte auf seine Kosten setzen lassen; beyde zum öftern bey der Setzung zugegen gewesen; beyde die Arbeitsleute dahin

an-

angewiesen, da wo die vielen kleinen Krümmungen nicht gefasset werden können, dasjenige, was einem an einer Stelle entzogen werden müsse, demselben auf der andern Seite wiedergegeben werden solle; daß keiner von beyden dabey Schaden gelitten habe, und daß nach Verfertigung des Riegelwerks beyde darüber ihre Zufriedenheit bezeigt hätten; Ferner beyde dieses Riegelwerk drey Jahre lang in dieser unverrückten Stellung stehen gelassen haben; es daher nicht in Zweifel zu ziehen sey, daß beyde Theile mit der Setzung dieses Riegelwerks, nicht nur die Verhütung des Ueberlaufen des Viehes, sondern auch die Bezeichnung einer Grenzlienie bezwecken wollen; folglich, daß letzteres die Absicht dabey nicht gewesen, eines weitern Beweises nicht mehr bedürfe, zumal bey Hudekämpen gewöhnlich dergleichen Riegelwerke, auch zur Grenze zu dienen pflegen, und wenn Recurrent dabey diese Absicht nicht gehabt, er solche bey der damaligen Setzung deutlicher habe erklären müssen, daher denn das vorige Erkenntniß lediglich zu bestättigen sey.

Da aber beyde Theile darin übereinkommen, daß das alte Ufer des Flusses, die vormalige Grenze der Grundstücke des Recurrenten ausgemacht, und ohnehin der Regel nach das Eigenthum der Flußufer, den Inhabern der zunächst daran gelegenen Güter zugehöret, die auch solche Ufer auf ihre Kosten bauen und erhalten, auch den Schaden, den die Wassergüsse ihnen zufügen, tragen müssen, deswegen sie

denn

denn die Bäume und anders so daselbst wächset, zu nutzen haben

Oettinger de jure et controv. limitum. L. 1, Cap. 12. Nr. 41. in fin.

Recurse aber, daß diese vormalige natürliche Grenze, durch die, mit beyder Theile Bewilligung geschehene, Setzung eines Riegelwerks abgeändert worden sey, behauptet; mithin sich auf ein, zwischen beyden bestehendes, Paktum gründet, dessen Daseyn hingegen Recurrent gänzlich in Abrede stellet; zum Wesentlichen eines Paktum aber die ausdrückliche Einwilligung beyder Theile erfordert wird

L. 1. §. 3. in fin. ff. de pact.

Stryk caut. contract. Sect. 1. Cap. 4. §. 6.

weshalb dem Recursen der Beweis des Daseyns eines solchen Paktum, und daß Recurrent dabey ausdrücklich eingewilligt, daß das befragte Riegelwerk anch für die Zukunft die Grenze bezeichnen solle, allerdings incumbiren würde, wenn nicht Recurrent diese Beweisführung, durch die geschehene Eydeszuschiebung freywillig übernommen gehabt. Daher denn Recurse über die Annahme oder Zurückschiebung jenes ihm deferirten Eydes, um so mehr sich zu erklären schuldig ist, da die in erster Instanz abgehörten Zeugen, auf keine Weise dargethan haben, daß beyde Theile, bey der Setzung dieses Riegelwerks, darin ausdrücklich übereingekommen sind, daß auch dieses für die Zukunft die Grenze bezeichnen solle.

Domi-

Domini confinantium agrorum non adstricti sunt, ut certis utantur signis, sed adhibere haec possunt pro lubitu, *modo designandis finibus illa inservire debere, declaratum fuerit*, quamobrem opus erit, ut super his finibus, eorumque signis instrumentum aliquod publicum conscribatur.

Stryck Uſ. med. Lib. 10. Tit. 1. fin. regund. §. 6.

Dieses Erforderniß, und diese vorsichtige Maasregel aber von beyden Theilen nicht beachtet, wenigstens bis jetzt nicht dargethan ist; und daraus, daß Recurrent gegen die Arbeitsleute geäussert, daß da, wo die vielen kleinen Krümmungen mit dem Riegelwerk nicht gefasset werden können, dasjenige was einem an der einen Seite entzogen werden müsse, demselben auf einer andern wieder gegeben werden solle, nicht zu schließen ist, daß derselbe hiemit die künftige immerwährende Grenze habe bezeichnen, und auf die vormalige alte Verzicht thun wollen;

Quia renunciatio ad non cogitata non extenditur

Stryk Caut. contr. Sect. 1. Cap. 5. §. 14. und Sect. 3. Cap. 7. §. 6.

Gail Lib. 2. Obſ. 98. Nr. 14.

vielmehr Recurse es eingestehet, daß Recurrent noch nach der Zeit der Setzung des Riegelwerks, die jenseits desselben gestandenen Weidenbäume, ohne dessen Widerspruch benutzet, mithin dadurch die entgegengesetzte Meynung facto an

Tag gelegt, und sich im Besitz seiner vormaligen alten Grenze erhalten hat

Terminis et finibus antiquis semper est standum nisi novi probentur.

Jason ad Tit. Inst. de actionib. Pag. 294. Nr. 83. in fin.

so ist, wie geschehn, erkannt worden.

---

476. Meditation.

Wenn den Schutzjuden nach ihren Geleitsbriefen erlaubt ist, von ihren ausgeliehenen Kapitalien, sechs Procent Zinsen zu nehmen, so können sie diese doch nicht anders fordern, als wenn sie sich solche ausdrücklich ausbedungen haben.

§. 1.

Ein gewisser Schutzjude hatte an einen Christen ein Kapital von 500 Rthlr. geliehen, und war in der darüber errichteten, auch von der Obrigkeit bestätigten Verschreibung festgesetzt, daß der Schuldner dieses Kapital nach Ablauf von zwey Jahren auf den Verfalltag mit den Zinsen an den Gläubiger wieder bezahlen solle. Der Schuldner verfügte auch zu der bestimmten Zeit die Bezahlung dieses Kapitals mit zweyjähriger Zinse zu fünf Procent; der Gläubiger aber

aber war mit diesen Zinsen nicht zufrieden, sondern verlangte sechs Procent, und zwar aus dem Grunde, weil ihm nach seinem Geleitsbriefe, der Landesherr erlaubt habe, von ausgeliehenen Kapitalien sechs Procent Zinsen zu nehmen, er deshalb auch befugt sey, sich dieses Vorrechts in gegenwärtigem Falle zu bedienen, indem in der Schuldverschreibung keine geringere Zinsen ausdrücklich festgesetzt wären.

Den Schuldner wollten jene Gründe nicht überzeugen, sondern dieser war der Meynung, daß, weil in der Schuldverschreibung der Zinsenbetrag nicht bestimmt sey, und die landüblichen Zinsen nur fünf Procent betrügen, er auch keine höhere zu bezahlen nöthig habe.

§. 2. In Güte konnten sich beyde über diesen Punkt nicht vereinigen, und so entstand eine processualische Klage darüber. Die Gründe, welche jeder für seine Meynung anführte, haben wir vorhin bemerkt.

In der Schuldverschreibung war der Zinsenbetrag nicht bestimmt, sondern in dieser hieß es nur, daß das Kapital mit den Zinsen bezahlt werden sollte. Es kam also darauf an, ob der Gläubiger nach seinem Geleitsbriefe befugt war, sechs Procent Zinsen zu fordern, da sie ihm in der Schuldverschreibung nicht ausdrücklich versprochen waren?

In dem Erkenntnisse wurden dem Gläubiger, und wie uns dünkt mit Recht, nur fünf Procent Zinsen zuerkannt. Denn wenn gleich

— so hieß es unter andern in den Entscheidungsgründen — dem klagenden Schutzjuden nach seinem Geleitsbriefe erlaubt ist, von ausgeliehenen Kapitalien sechs Procent Zinsen zu nehmen: so können diese doch nur dann gefordert werden, wenn solche von dem Schuldner ausdrücklich versprochen oder vom Gläubiger ausbedungen sind. Ein jedes Privilegium enthält eine Ausnahme von dem gemeinen Rechte, und muß, wie jede andere Ausnahme von der Regel, möglichst eingeschränkt werden. Wer sich also dessen, in den sich dazu ergebenden Fällen, bedienen, folglich eine Abweichung von dem gemeinen Rechte sich anmaaßen will, der muß solches deutlich und bestimmt erklären, widrigenfalls sonst das allgemein geltende Recht als Norm angenommen werden muß. Da nun überhaupt ein Kläger, den ihm abgeleugneten Grund seiner Klage zu erweisen schuldig ist; der klagende Schutzjude hingegen, den Beweis der geforderten sechs Procent Zinsen, so wenig aus der Schuldverschreibung, als auch seinem Geleitsbriefe hernehmen kann, indem nach diesem ihm zwar erlaubt ist, so hohe Zinsen zu nehmen, in jener aber keine Meldung davon geschehn, daß er sich dieses Vorrechts habe bedienen wollen, so haben also dem Kläger auch nicht mehr wie landübliche fünf Procent Zinsen von seinem Kapital zu 500 Rthlr. zuerkannt werden können.

---

477. Meditation.

Ueber das Daseyn einer Observanz, oder eines Gewohnheitsrechtes, findet die Eydeszuschiebung nicht statt.

§. 1.

Ein Vater hatte zum Vortheil seines jüngern Sohns eine Disposition dahin gemacht, daß demselben seine, in einem gewissen Flecken belegenen, Güter nach seinem Tode übertragen werden sollten. Der älteste Sohn fand sich hiedurch sehr beschweret, weil ihm nach dem Herkommen in diesem Orte, als ältestem Sohne das Anerbrecht an den Gütern zustehe, welches ihm sein Vater, ohne erhebliche Ursachen zu entreissen, nicht befugt sey. In dem darüber entstandenen Rechtsstreite leugnete der Vater, das von dem ältesten Sohne behauptete Herkommen und Gewohnheitsrecht, zu dessen Beweis dieser, ein, von verschiedenen Einwohnern des Orts ausgestelltes, Attest beybrachte, auch zugleich dem Beklagten über diese wirklich vorhandene Observanz einen Eyd zuschob.

§. 2. In diesem Rechtsstreite kam es unter andern mit auf die Frage an: Ob der zugeschobene Eyd hier auch statt finde? Dieses wurde

wurde nicht dafür gehalten, und zwar aus folgenden Gründen:

Es hat zwar der Kläger dem Beklagten über das Daseyn des im Frage stehenden vorgeblichen Herkommens den Eyd deferiret. Die Eydeszuschiebung ist aber in allen Fällen unzulässig, wenn die Sache selbst so geartet ist, daß sie ihrer Natur nach, durch einen Eyd nicht dargethan werden kann;

Leyser sp. 137. med. 3. sp. 468. med. 30. sp. 470. med. 7, 8.

und dahin gehört denn auch der Beweis eines Gewohnheitsrechts oder einer Observanz

Qui probare consuetudinem intendit, eum actus speciales repetitos, vel consuetudinem jam olim contradictam, in judicio firmatam esse, probare oportet. Quod nisi fiat, nihil distincte intelligitur, sed confusa tantum consuetudinis idea existit. Et plane continget, ut judex ipse, an consuetudo nata sit, intelligat, neque adversarius ejus vitium possit impugnare

Pufendorf Tom. 2. Obs. 138.

Was demnach so erwiesen werden soll, beruhet nicht auf eigenen Handlungen, sondern auf fremden Thatsachen und Begebenheiten.

Ob hieraus die Wahrheit des behaupteten Satzes, also hier das Daseyn eines Herkommens gefolgert werden könne; ist nicht Sache der Partheyen, sondern das Geschäft

478.

des Richters, und dessen rechtlicher Beurtheilung um so gewisser allein überlassen, weil ein Herkommen nicht blos für die Partheyen verbindlich ist, sondern als Gesetz gilt, dessen allgemeine Verbindlichkeit begreiflicher Weise durch den Eyd, welchen ein Individium leistet, nicht dargethan und begründet werden kann

Danz Grundsätze des G. O. B. Processes §. 370. Not. 6. S. 522, 523.

Claproth Einleitung in dem O. B. Proceß §. 321. Nr. 8.

Malblanc Doctr. de jurejur. Lib. 3. §. 44. pag. 138.

weshalb denn auch bey geführtem halben Beweise nicht einmal der Erfüllungseyd für zulässig geachtet wird

Kemmerich D. de probat. consuetud. et observ. Sect. 2. §. 6. pag. 84.

Hertius Vol. 2. Dec. 408. Nr. 2.

---

478. Meditation.

Ueber die Frage: Ob ein Gläubiger, wegen seiner, bey Schichtung des Vaters mit seinen Kindern, nicht mit angegebenen Forderung, seinen Regres gegen die Kinder nehmen kann, wenn der Vater nachher insolvent wird?

§. 1.

Im Jahr 1787 klagte die Amalie M. gegen H = n ein Kapital von 350 Rthlr. nebst den vom Jahre 1776 an rückständigen Zinsen aus. Das Urtheil wurde rechtskräftig; Klägerin setzte aber die Sache nicht fort, Beklagter leistete auch keine Zahlung, verstarb mehrere Monate nachher, und über dessen Vermögen wurde einige Zeit hierauf der Concurs eröfnet.

Klägerin meldete sich zwar in dem Professions-Termin, behielt sich jedoch, im Fall ihre Befriedigung aus der Concursmaße nicht erfolgen könne, gegen des Verstorbenen Kinder erster Ehe — da diese Schuld bey der Schichtung nicht mit angegeben sey — ihre Rechtszuständigkeiten bevor. Wie sie nun nach dem Klassifikations-Urtheile in der letzten Klasse, wohin sie verwiesen wurde, leer ausgieng, stellte

sie gegen des verstorbenen H=ns Kinder erster Ehe dahin eine Klage an:

Sie habe aus dem, zum Zwecke der Schichtung aufgenommenen, Inventarium ersehn, daß ihre, schon vom Jahre 1776 herrührende, und nachher gegen den verstorbenen H=n ausgeklagte, Forderung, nicht zum Ansatz gekommen, also der Beklagten Vermögen mit der Hälfte derselben vergrössert sey. Zur Auszahlung dieser Hälfte mit Zinsen, wären sie demnach in diesem Verhältnisse allerdings verpflichtet.

Beklagte erwiederten dagegen: aus den Vormundschafts= und Schichtungs=Akten ergebe sich, daß bey der zweyten Verheyratung ihres Vaters, auf Nachsuchen der, für die Kinder erster Ehe angeordneten Vormünder, ein gerichtliches Inventarium errichtet; daß darnach im Jahre 1785, von einem dazu ernannten Kommissarius die Schichtung vollzogen, und daß solche, durch den Bescheid vom 10ten November 1785, gerichtliche Bestätigung erhalten habe, worauf denn zur Berichtigung des Abdikats, die zugetheilten Grundstücke, in den Hypotheken= und Lagerbüchern, den Kindern zugeschrieben wären. Man lasse die, bislang in quali und quanto den Vormündern unbekannt gebliebene Forderung und deren Beschaffenheit auf sich beruhn, und beziehe sich blos auf jenen gerichtlichen Vorgang, wornach den Kindern ein bestimmtes, jetzt nicht mehr zu verminderndes Vermögen zugetheilt sey. Klägerin

gerin müsse sich an den Nachlas desjenigen halten, welcher zur Bezahlung schuldig erkannt sey.

Klägerin replicirete: es komme nicht auf die von der Gegenseite angestellte Fakta, sondern darauf an, ob derselben zum Präjudiz der erstern ex causa injusta ein Gewinn zugewachsen sey, der ihr von Rechtswegen nicht gebührt hätte. Dies sey unwiderlegbar durchs väterliche Verschweigen der befragten Schuldforderung geschehn, und müsse sie, gegen diejenigen, die mit Unrecht reicher geworden, in factum klagen.

Die Bestätigung der Schichtung erstrecke sich nur auf das, was in dem Inventarium enthalten gewesen; das übrige habe ausser dem Gesichtskreyse des judicii gelegen, und begreife ohnehin jede Confirmation die stillschweigende Klausel mit Vorbehalt eines jeden Dritten Rechts. Da nun bey jeder Schichtung auch personal Verbindlichkeiten in Anrechnung kämen, und von der massa dividenda gekürzt würden, so folge von selbst, daß in Ansehung nicht angegebener passivorum, der davon lucrirende Theil auf alle Fälle, wenigstens in subsidium, zur Wiedererstattung verbunden bleibe.

Beklagte duplicirten: der Klägerin hier gebildeten Ansprüche, gewönnen dadurch nichts, wenn es auch mit der Verschweigung dieser angeblichen Schuld, seine Richtigkeit habe. Ihr habe es obgelegen sich entweder bey dem Schichtungs-

tungs-Geschäfte zu melden, oder nach Beendigung desselben, gegen den Vater der Beklagten klagbar zu werden. Das sey nicht geschehen, der Vater sey mit dem ihm zugefallenen Antheile zurückgekommen, und nun die Folge davon für Beklagte, res plane aliena. Könne Gegnerin nicht erweisen, daß jener Vater durch die Theilung insolvent geworden; so falle jeder Klaggrund weg.

Klägerin erwiederte dagegen noch in ihrer Submission: daß befragte Schuld bey der Theilung nicht angegeben, und dadurch für die Kinder ein Plus erwachsen, sey nicht abgeleugnet. Dieser Theilung sey keine edictal Citation der Gläubiger sub poena praeclusionis vorhergegangen. Schichtung sey kein modus tollendi obligationem; sie wirke nur eine partial Veränderung in dominio bonorum, woraus jeder Gläubiger sich bezahlt machen könne. Sterbe ein Ehegatte, so träten, bey vorhandener Güter Gemeinschaft, die Kinder an dessen Stelle, ratione passivorum et activorum jeder Art, nur habe der überlebende Ehegatte die Administration des Vermögens. Heyrathe dieser wieder, dann bedürfe es bey der Theilung keiner Concurrnez der Gläubiger, weil deren Rechte nur dadurch getheilet, nicht aufgelöset würden. Für die Hälfte hafteten also die Kinder auf jeden Fall. Wie nun kein Gesetz das Anmelden der Gläubiger bey Theilungen vorschreibe; eben so wenig sey eins vorhanden, das den Termin der anzustellenden Klage festsetze. Sie Klägerin habe der Beklagten

ten Vater erst oft an Bezahlung dieser Schuld erinnert, dann geklagt, und die Sache durch ihren Anwald, so gut sie es vermogt, betreiben lassen. Ihr sey also nichts zu imputiren; auf keinen Fall könne das aber auch die Beklagten ratione illius, quod ad eos in damnum creditoris sine causa pervenit, nicht ex nexu bringen, sondern Klägerin wäre alsdann mit dem Verlust der andern Hälfte ihrer Forderung gestraft. Das bey einer Theilung aber ungedenkbare Herabkommen bis zur Insolvenz, brauche also nicht erwiesen zu werden.

Beklagte versetzten hierauf: Es sey der Klägerin bey der Anwesenheit an dem nemlichen Orte und bey dem Umgang mit ihnen, gar wohl bekannt gewesen, daß ihr Vater sich zum zweytenmal verheyrathet, und mit den Kindern erster Ehe geschichtet habe. Damals habe sie sich melden müssen, und da dieses nicht geschehn, sey sie in culpa, und müsse die Folgen sich selbst beymessen. —

Was hier noch allenfalls aus den Vormundschafts- und Schichtungs-Akten bemerkt werden könnte, ist in den unten folgenden Entscheidungsgründen angeführt, und also hier weggelassen.

§. 2. In dem hierauf erfolgten Urtel, wurde erkannt: daß die Klage nicht statt habe, Klägerin auch schuldig sey, den Beklagten die hiedurch verursachten Kosten zu bezahlen.

Entscheidungsgründe.

Wie der Beklagten verstorbener Vater H-n zur zweyten Ehe schritt, wurden für den Zweck der

der nun gesetzlich zu vollziehenden Schichtung, für sie, als dessen Kinder erster Ehe, Vormünder bestellt, die Inventarisation vorgenommen, und nach Abzug der angegebenen Schulden, das gesamte Vermögen auf die Summe von 3396 Rthlr. berechnet, wornach also der Antheil eines jeden sich auf 1698 Rthlr. belief. Durch ein Decret vom 27. Jenner 1785. nach den Vormundschafts Akten, sollte H = n binnen 14 Tagen angeben, ob annoch passiva vor seiner zweyten Verheyratung vorhanden gewesen, oder aber gewärtigen, daß widrigenfalls er nicht weiter damit gehöret, sondern ihm solche allein zur Last gesetzt werden sollten. Dieses Präjudiz wurde mittelst Dekrets vom 14ten April 1785 realisiret, und hierauf im Decret vom 10ten Nov. desselben Jahrs, die Schichtung für völlig berichtigt angenommen.

Erst im Jahre 1787 forderte die Klägerin ein Kapital von 350 Rthlr. nebst den, vom Jahre 1776 an rückständigen Zinsen, und klagte hierauf gegen den H = n.

Bleibt es nun auch dahin gestellt, daß selbige, obwohl ihr die Verhältnisse des Beklagten genugsam bekannt waren, dennoch so spät ihre Ansprüche zu realisiren suchte, und nicht einmal durch Beförderung der, nach eigener Angabe, zum Protokoll vom 5ten Dec. 1787 schon im Jahre 1776 ihr versprochenen Ingrossation auf des Schuldners Güter, sich sicher stellen ließ, so kommt es doch in vorliegendem Falle einzig auf Erörterung der Frage an:

Ob

Ob weiland H=n nach der so vollzogenen Theilung, Zahlungsfähig geblieben sey, oder ob er durch alleinige Uebernehmung einiger, sonst zwischen ihm und seinen Vorkindern gemeinschaftlichen Schulden, seinem Rechte in fraudem creditorum renunciiret habe?

Jenes erhellet unwidersprechlich aus den Vormundschafts Akten, indem nach volzogener Schichtung, ein Vermögen von 1698 Rthlr. für denselben zurück- und damit denn die Forderung der Klägerin überwiegend gedekt blieb.

Hat sie nun aber erst 2 Jahre nach gänzlich zu Stande gebrachter Theilung, ihre Ansprüche gegen den Schuldner geltend zu machen gesucht; diesen allein, und ohne einmal die Vorkinder als Mitbekagte aufzustellen, gerichtlich belangt, demnächst aber bey der Insufficienz der Masse des späterhin ausgebrochenen Concurses nichts erhalten, so beruhet dieser ungünstige Erfolg auf ihrem eigenen Verschulden, dessen Schädlichkeit in dem nun gekommenen Verlust der ganzen Forderung, sie sich selbst beyzumessen hat.

Daß die Beklagten H=ns Kinder erster Ehe, durch dieses, nicht zum Ansatz gekommene, passivum bereichert sind, ist also den vorliegenden Umständen nach eine quaestio de jure tertii, welches Verhältniß dann für jene, die als gänzlich abgetheilte Kinder, ihrern Vater nicht beerbten, um so weniger die Fortdauer irgend einer Verbindlichkeit gegen dessen Gläubiger zu begründen vermag, je gewisser es ist, daß selbst auf den größern Theil des Vermögens sich erstreckende, Schen-

Schenkungen, die der Schuldner vor dem Concurse zu einer Zeit unternahm, wo er zwar schon verschuldet, aber noch solvendo war, nachher durch die Paulianische Klage nicht revociret werden können.

L. 15. C. de donat.

Da es nun hiernach der Klägerin an einem rechtlichen Klagegrunde durchaus gebricht, so hat wie geschehn, mit Condemnation derselbe, in die den Beklagten verursachten Kosten, erkannt werden müssen.

---

479. Meditation.

Im Processe kann auch der unterliegende Theil in die Kosten verurtheilt werden, wenn dieser den ihm darin zugeschobenen Eid, seinem Gegner wieder zurückschiebet, und derselbe ihn ausschwört.

§. 1.

Viele Rechtsgelehrten sind bekanntlich der Meynung, und bey manchen Gerichten wird auch darnach gesprochen, daß im Processe die Kosten compensiret werden müßten, wenn der unterliegende Theil, durch zugeschobenen oder referirten Eid verurtheilet werde. Diese Meynung ist aber allgemein angenommen, so wenig den Rechten, als

als der Billigkeit angemessen. In dem hiesigen Fürstlich Lippischen Lande, ist daher auch durch eine Verordnung vom 30ten Jun. 1781, nach welchem das juramentum calumniae generale und speciale in der Regel abgeschaft ist, festgesetzt: daß in den Fällen, da der Kläger über seine Klage, und der Beklagte über seine zerstöhrliche Einrede, ohne sie sonst auf einige Art wahrscheinlich gemacht zu haben, den Eid zuschiebt, und dieser abgeschworen wird, der zuschiebende Theil in die Kosten des Processes verurtheilt werden solle.

In diesem Gesetze ist zwar nur von der Zuschiebung, nicht aber von der Zurückschiebung des Eides die Rede, allein da bey der letztern eben der Grund, wie bey jener eintritt: so kann auch wohl kein Zweifel eintreten, daß nicht in dem, im Gesetze vorausgesetzten, Falle, bey zurückgeschobenem und ausgeschwornem Eide, ebenfalls die Verurtheilung in die Kosten statt finden sollte.

§. 2. Die Frage darüber kam in folgendem Rechtsstreite zur Untersuchung.

A stand mit *B* wegen gehabter Kornhandlung in Rechnung, uud dieser läßt einige Jahre nachher eine selbst aufgesetzte Schuld- und Pferdeverschreibung durch seine beyden Söhne jenem zur Unterschrift vorlegen, welche derselbe, vor Einsicht seiner vorhin schon besonders ausgestellten Handscheine, Anfangs zwar weigert, jedoch,

weil

weil des *B* Söhne gleich mit klagen drohen, und dabey äußern, nicht eher aus dem Hause zu gehen bis die Unterschrift geschehen sey; solche vollziehet; worauf denn *B* diese Schuld- und Pfandverschreibung in das Hypothekenbuch eintragen läßt.

Einige Jahre nach diesem Vorgange, wird auf Nachsuchen der Erben des nun verstorbenen *B*, zur Regulirung der Erbschaftsmasse, eine Kommission niedergesetzt, und vor derselben, von dem gemeinschaftlichen Erbschafts Mandatar aus der oben bemerkten Schuld- und Pfandverschreibung das Kapital zu 139 Rthlr. nebst den rückständigen Zinsen, gegen *A* liquidiret. Dieser übergiebt der Commission eine Berechnung der überhaupt erhaltenen Kornvorschüsse, und darauf bis zur Errichtung jener Obligation geschehenen Bezahlnng, und behauptet darnach nur noch 112 Rthlr. den Erben schuldig zu seyn.

Der Mandatar beziehet sich lediglich auf die ingrossirte, auf 139 Rthlr. sprechende und von Liquidaten, in dem Liquitations Protokolle agnoscirten Obligation.

Nach dem Erkenntnisse der Kommission, wird Liquidat schuldig erkannt, das Kapital mit Zinsen und Kosten zu bezahlen.

Ueber dieses Erkenntniß beschweret sich Liquidat bey dem committirenden Gerichte, stützet seine Beschwerden, auf die oben schon angeführten Umstände zur Veranlassung der ausgestellten Obligation, und suchet um einen neuen Termin zur Untersuchung nach. Da aber in dem darauf

auf ertheilten Bescheide das kommissarische Verfahren lediglich bestätigt wird, so querelirет Liquidat dagegen, stellt, mit Beziehung auf die oben angeführte Geschichtserzählung, der eingeklagten Obligation, die exceptio doli et metus entgegen, und schiebet über das, diese Einrede begründen sollende, Faktum, den beyden Söhnen des verstorbenen *B* einen Eid zu; auf welchen Eid sich aber die Querelaten, weil sie ex instrumento guarentigiato klagten, und in processu executivo versirten, mit Beziehung auf die **Landesverordnung vom 18. Jul. 1780** *a*), sich einlassen, und erklären zu müssen, nicht schuldig erachteten.

In dem hierauf erfolgenden Bescheide werden Kläger und Querelaten aber hiezu angewiesen, und schieben auch hiernach der Witwe des immittelst verstorbenen Beklagten und Querelanten, den deferirten Eid zurück.

Diese schwört demnächst den Eid ab, und ward sie nunmehr zur Bezahlung der eingestandenen 112 Rthlr. nebst den rückständigen Zinsen an die Gläubiger schuldig erkannt; die Querelaten aber, ihres gegen den Schuldner begangenen doli

a) Weil über die Formel des Eides Weitläuftigkeit entstehen kann, und durch die alsdann auch zulässige Gewissens-Vertretung, das Verfahren über die Grenzen des executivischen Processes ausgedehnt werden muß; so soll in diesem Processe, bey den Obergerichten, keine Eideszuschiebung nach obiger Verordnung zugelassen werden.

doli und widerrechtlichen Drohungen halber, in eine civil Strafe von 5 Goldgulden verurtheilet, und die Kosten gegen einander verglichen.

§. 3. Dieses Erkenntniß tritt in Ansehung der Hauptsache in seine Rechtskraft, nur in Ansehung der Kosten Vergleichung legt Querelantin dagegen die querela nullitatis ein.

Sie sagt: sie habe nie geleugnet, ihren Gegnern eine Summe Geldes schuldig zu seyn; und nur behauptet, daß diese Schuld 27 Rthlr. weniger betrage. Diese Behauptung zu erweisen, habe sie den Querelaten einen Haupteid zugeschoben, dem diese zwar ausbiegen wollen, nachmals aber auf ergangenes Erkenntniß ihr zurückgeschoben hätten. Folge der von ihr geschehnen Ausschwörung sey gewesen, daß die von Querelaten widerrechtlich eingeklagte Forderung, um 27 Rthlr. wäre gemindert worden; nothwendige Folge sey es aber auch daher, daß Querelaten, welche durch ihre unrichtige Forderung diesen Proceß veranlasset hätten, ihr auch die verursachten Kosten erstatten müßten.

Die **Landesverordnung vom** 30 **Jun.** 1781 sage dies ausdrücklich, und was in derselben vom Deferenten bestimmt sey, müsse auch nothwendig vom Referenten gelten, besonders wenn, wie in gegenwärtiger Sache, die Einreden worüber der Eid deferiret worden, vorher wahrscheinlich gemacht wären. Was würde sie Querelantin auch sonst dabey gewonnen haben, wenn der Beweis, des Gegenseits angewandten doli,

und der widerrechtlichen Drohungen, für sie den Nachtheil, den Verlust ihrer angewandten Kosten zu tragen, haben sollte.

Und da nach *Leyser* in sp. 37. med. 7. cor. 1.

poena tripli, in plus petentes statuta, adhuc in Germania locum invenit;

so könne Querelantin mit Grunde hoffen, daß das vorige Erkenntniß werde reformiret, und Querelaten in die Kosten der vorigen und jetzigen Instanz verurtheilet werden.

Querelaten versetzten hierauf: An sich sey es unerhört, eine Schuld, worüber ein Document errichtet, unterschrieben, und von einer Magistrats Person ins Hypothekenbuch eingetragen sey, nachher durch den Einwand der Furcht und des Betrugs, zum Theil abzuleugnen.

Auf die Kosten Vergleichung habe aber deshalb erkannt werden müssen, weil die Querelaten mehrere Bescheide für sich gehabt, welches immer die Compensation zur Folge habe.

Die gegenseis angezogene Verordnung vom 30. Jun. 1781 passe nicht auf den jetzigen Fall, weil sie eigentlich nur von der Abschaffung des juramenti calumniae redet. Sie Querelaten hätten ja den Eid nicht deferiret; und da die Verordnung ausdrücklich sage, der zuschiebende Theil solle in die Kosten verurtheilet werden; so könne sie ja solche nicht allein tragen. Vielmehr habe sie ihren Anspruch auf ein instrumentum guarentigiatum gegründet, wodurch also selbiger wahrscheinlich gemacht sey; mithin passe auf diesen Fall das angeführte Gesetz nicht.

Von

Von einer poena plus petitionis, wie Gegnerin glaube, könne hier gar nicht die Rede seyn, da sie, die Querelaten nur dasjenige gefordert hätten, was ihr Schnldner selbst schuldig zu seyn, anerkannt habe.

Uebrigens adhäriren die Querelaten, in Ansehung der ihnen dictirten Strafe, der gegenseits erhobenen Querel, und bitten, das Erkenntniß in Ansehung der Querelantin lediglich zu bestätigen, und dieselbe in die Kosten dieser Instanz fällig zu erkennen; in Betreff der erkannten Strafe aber den Bescheid dahin abzuändern, daß die Querelaten damit zu verschonen seyn.

§. 4. In dieser Instanz wurde das vorige Erkenntniß dahin reformiret: daß die Liquidanten und Querelaten, die auf diese Sache verwendeten Kosten, voriger und dieser Instanz, vorgängig derselben Verzeichnung und richterlicher Ermäßigung, der Liquidatin und Querelantin zu erstatten schuldig; das angeführte Erkenntniß in Betreff der Hauptsache, und erkannten civil Strafe aber lediglich zu bestätigen sey.

Entscheidungsgründe:

In Ansehung der Hauptsache wollen die Liquidanten und Querelaten zwar vermeinen, daß wider eine, von dem Schuldner unterschriebene, und von einer Magistrats Person in das Hypothekenbuch eingetragene Schuldverschreibung, und wo also ex instrumento guarentigiato geklagt werde, die Einwendung der Furcht und des Betrugs nicht statt haben könne, daß daher

mit

mit Recht auf die Kosten-Compensation, um so mehr erkannt werden müssen, weil Liquidanten und Querelaten mehrere Bescheide für sich gehabt, und die von Liquidatin und Querelantin angezogene Verordnung vom 30ten Jun. 1781 allein von Abschaffung des Eides für Gefährde rede, auch ausdrücklich sage, der zuschiebende Theil solle in die Kosten condemniret werden: sie die Liquidantin und Querelatin also aicht allein die Kosten tragen könne, weil sie den Eid nicht deferiret gehabt, folglich dieses Gesetz auf diesen Fall gar nicht angewendet werden könne. Daher das decretum a quo in Ansehung der Kosten-Compensation zu bestätigen; in Ansehung der zuerkannten Strafe aber, weßhalb selbige zu deren gänzlichem Erlaß, der gegenseitigen Querel adhäriret gehabt, abzuändern sey.

Da aber jedoch, nach gemeinen Rechten, selbst im executivischen Processe, über die opponirten zerstöhrlichen Einreden, zu deren Erweis in continenti, vorzüglich die Eideszuschiebung statt hat;

> **Ludovici** Einleitung zum Civil-Proceß, Kap. 3. §. 20 und 21.

in Gemäßheit dessen auch den Liquidanten und Querelaten, ohne Rücksicht ihrer Bezugnehmung auf die Landesverordnung vom 18ten Jul. 1780, in dem vorherigen Erkenntnisse, auf den ihnen, ratione exceptionis doli et metus oppositae zugeschobenen Eid, sich, aut acceptando, aut referendo, zu erklären, aufgegeben ist, und selbige

hiernächst die Zurückschiebung dieses Eides zu wählen, für gut gefunden hat; ferner die exceptio doli an keine gewisse Zeit gebunden ist, sondern zu jeder Zeit vom beklagten Theile dem Kläger entgegen gestellt werden kann;

Zanger de except. P. 3. Lib. 13. §. 78. et toties opponi potest, quoties ab altero contra aequitatem petitur.

Stryk in us. mod. Lib. 44. Tit. 4. §. 1.

und dann die Querelantin, diese ihre Einrede in continenti darzuthun vermogt, und dadurch der Querelaten Anspruch um 27 Rthlr. gemindert hat; so beruhet es auf der größten Billigkeit, daß derselben, von den Liquidanten und Querelaten, die durch ihre unrichtige Forderung veranlaßten Kosten erstattet werden: um so mehr, weil die Verordnung vom 30. Jun. 1781, bey geschwornem Haupteide, den Kosten-Ersatz ausdrücklich festsetzt, und das, was Grund dieses Gesetzes bey Zuschibung eines Eides ist, auf gleiche Weise auch Grund bey der Zurückschiebung desselben seyn muß: indem der deferirte, so wie der zurückgeschobene Eid es entscheidet, welcher von beyden Theilen justam litigandi causam gehabt, und regulariter parti succumbenti der Kosten-Ersatz oblieget, zumal die Liquidanten und Querelaten, wegen des überwiesenen doli, wohl eine härtere Ahndung, als die ihnen in decreto a quo angesetzte Civil-Strafe

se von 5 Goldgulden, verdienet hätten: daher es denn bey dieser zuerkannten Strafe um deswillen zu belassen, weil das decretum a quo von Seiten der Querelaten die Rechtskraft bestritten hat.

---

480. Meditation.

Ein Rechtsstreit, über die Anlegung eines, das Wohnhaus vergrössernden, Gebäudes, welches der daneben wohnende Nachbar nicht zugestehen will.

§. 1.

Ueber die Anlegung eines, sein Wohnhaus vergrößernden, Gebäudes, wurde einem Bürger und Einwohner einer Stadt, von seinem Nachbaren Widerspruch gemacht, und ein Rechtsstreit veranlaßt, der von dem Magistrat des Orts für den Nachbaren, von dem Obergerichte hingegen in der Appellations-Instanz für den, den Bau unternehmenden Bürger entschieden wurde.

Der Fall ist dieser:

Der Bürger P. besitzt eigenthümlich einen, neben seinem Wohnhause an der Straße belegenen, kleinen leeren Platz, auf welchem, vor einigen Jahren, ein kleiner Schweinestall gestanden hatte.

Nahe an diesem Wohnhause liegt das Wohnhaus des Bürgers H., dessen Wohnstube vorne

nach der Straße sowohl, als nach der Seite des obgedachten Platzes hin, offene Fenster hat.

Der Bürger P. will — und nach vorher schon von ihm eingelegter Caution, das Gebäude, im Fall eines vom Gegner für sich ausgewirkten obsieglichen Endurthels, wieder niederzureißen, ist es bereits geschehen — auf diesem Platze ein hohes, sein Wohnhaus vergrößerndes, Gebäude anlegen, wogegen dessen Nachbar, H. rechtliche Widersprüche zu haben, vermeynt.

§. 2. Diese Sache kommt nun beym Magistrat des Orts zur Untersuchung, welcher einen Augenschein einnimmt, und findet, daß durch den Bau die beiden Seitenfenster des Nachbarn H. verbauet werden: er entscheidet deshalb auch die Sache dahin:

> daß der Bürger P. das Gebäude auf besagtem Platze zu errichten, nicht befugt sey; er könne denn binnen 4 Wochen erweisen, daß auf demselben, in neuern Zeiten schon, ein so hohes Gebäude, als das zu errichtende, gestanden habe, oder ihm ein Recht zustehe, dem H. die Seitenfenster zu verbauen;

welche Entscheidung der Magistrat auf Leg. 12. §. 2. C. de aedif. privat. und L. 1. §. 17. ff. de oper. nov. nunciat. *a*) so wie auch auf eine vermeyn-

a) *L. 12. §. 2. C. de aedif. priv.* Sed cum nostra constitutio dicat, duodecim pedes opor-

meyntliche Behauptung des *Cannegiesser* in Decis. Cass. Tom. 2. dec. 182. nr. 7. gründet.

§. 3. Von diesem Erkenntniß appellirte der Bürger P., und führte, zur Begründung seiner vermeyntlichen Beschwerden, folgendes an:

Der in Frage seyende Platz sey, nach gegenseitigem Eingeständniß, sein Eigenthum; dies dürfe er nach Gutdünken benutzen, und sey es des Gegners Pflicht eine servitutem, ne luminibus officiatur, zu erweisen. Römische Gesetze, welche die Entfernung der Häuser von 12 Fuß von einander vorschrieben, seyen bloße Policey-Verordnungen, die auf deutsche Bauart keine Anwendung fänden. Eben so wenig sey das Allegat des Magistrats aus Cannegießers Decisionen pas-

tere relinqui ab eo, qui aedificaturus est, inter propriam et vicini domum, et plus vel minus adjiciat, quod magnam sane aedificantibus securitatem praestat, (nihil autem dubium aptum est ad tolledam ambiguitatem) diserte ac perspicue jubemus, *duodecim pedes relinqui intermedios, inter utrumque domum*, incipientes a superposita fundamentis aedificii parte, eademque observatione perseverante in summum usque altitudinis culmen etc.

L. 1. §. 17. *ff. de oper. nov. nun.* Nunciamus autem, quia jus aliquod prohibendi habemus, vel ut damni infecti caveatur nobis ab eo, qui forte in publico, vel in privato quid molitur, *aut si quid contra leges edictave principum, quae ad modum aedificiorum facta sunt, fiet. etc.*

passend; dagegen die Meinung des *Gail* in observ. pract. lib. 2. obs. 9. gegründeter, nemlich:

> regulariter quemlibet in suo solo domum aedificare posse, quia ejus esse coelum, cujus esse solum

nur dann, wenn der Bau ex injuria et aemulatione geschehe, könne er untersagt werden. Dies sey aber hier, wo Appellat zu seinem offenbaren Nutzen bauen wolle, der Fall nicht.

§. 4. Appellat excipirte dagegen: Sein Haus habe die uralte Bauart, daß es, nach dem in Frage seyenden Platze hin, mit einer freyen Seite versehen sey, an welcher seine Wohnstube liege, die zwey Fach offene Fenster habe.

Des Gegners Wohnhaus sey absichtlich so gebauet, daß es mehr zurückstehe, und der Platz frey gelassen sey.

Durch das Bebauen werde ihm das Licht entzogen, und seine Wohnstube ungesund.

Nur ohne seinen, des Appellaten, Schaden, könne und dürfe Appellant den Platz benutzen.

> quod dominus sua sic facere possit meliora, ne vicini deteriora reddat.

L. 1. §. 4. de aqua et aquae pluv. arcend. das geschehe aber durch diesen Bau nicht, indem ihm das Licht entzogen werde; welches gesetzwidrig sey.

> qui luminibus vicinorum officere, aliudve quid contra commodum eorum facere vellet, sciet, se formam ac statum antiquorum aedificiorum custodire debere.

L.

L. 1. ff. de servit. praed. urb.
L. 12. §. 1. C. de aedif. privat.

Das römische Gesetz, L. 12. §. 1. C. de aedif. priv. sey keine bloße Verordnung für Rom, sondern ein allgemeines Gesetz.

Was *Gail* in seinen Observationen behaupte, finde keine Anwendung; nach deutschen Rechten sey der, in Frage seyende Bau, rechtswidrig.

Runde deutsches Privatrecht §. 284.

Appellant habe ohne diesen Bau bisher bequem wohnen können; es liege dabei blos Aemulation zum Grunde; und da er das Gebäude zur Aufbewahrung rauher Fourage bestimmt habe, so entstehe dadurch große Feuersgefahr für ihn, Appellaten.

§. 5. Appellant replicirt:

Daß der Platz noch vorhin nie bebauet gewesen sey, entscheide hier nichts. Das Bebauen bleibe immer eine res merae facultatis. Würde auch die Stube des Gegners dadurch verdunkelt, das könne Appellantens Recht nicht einschränken, indem der Gegner sich keine Servitut habe constituiren lassen.

Das gegenseits angezogene Gesetz, *L. 1. §. 4. ff. de aqua et aquae pluv.* laute so nicht, wie Gegner es citire. Es heiße nemlich

— sed et fossas, agrorum siccandorum causa factas, Mucius ait, fundi colendi causa fieri: sic enim debere quem meliorem agrum suum facere, ne vicini deteriorem faciat

und

und dies, auf Aecker gehende Gesetz, lasse sich auf die servitutem urbanam, ne luminibus officiatur nicht anwenden.

Die *L. 11. ff. de serv. praed. urban.* komme in keinen Betracht: wie dies

> *Westphal* in interpr. jur. civ. de libertate et de servit. praed. Lipsiae 1773. sect. 3. cap. 30. §. 712.

sehr gut erkläre.

> Haec lex, quamvis excruciet interpretes, mihi facillima videtur. — Sermo scilicet de eo est, qui vetus aliquod aedificium destruxerat, cui servitutes, luminibus vicinorum non officiendi; aliquae erant impositae. In aedificio exstruendo autumabat, se de iis, quae priori aedificio imposita erant, non amplius teneri. Aliud esse aedificium, alia quoque habere jura, et quodcunque eidem areae imponatur aedificium, iisdem quoque oneribus manere subjectum. Et hoc est, quod lex nostra docet. Mutata licet aedificiorum materia, eadem semper manere illorum jura. Nihil praeterea.

Ueber das Gesetz, *L. 12. §. 1. C. de aedif. priv.* sage Westphal l. c. Sect. 2. cap. 7. §. 114. dies:

> Verba: *sicut nec hi, qui novas aedificant,* — intelligi debent de aedificatione aedium funditus dirutarum, non de aedibns, quae numquam antea eo loco fuere. Alias non posset de veteri forma disputari.

Auf

Auf dem Platze habe noch nie ein Gebäude gestanden, folglich fielen jene Gesetze hier weg; ja wenn man sie ohne die gemachte Einschränkung annehmen wollte; so ließe sich ja der Fall nicht denken, wo es nöthig wäre, sich servitutem, ne luminibus officiatur, zu constituiren.

Die offenen Fenster, nach dem Platze hin, könnten das Daseyn einer solchen Servitut nicht erweisen: denn allerdings sey es ihm, Appellanten, erlaubt gewesen, diese Fenster durch eine davor erbauete Mauer, oder Wand, zu verdunkeln.

Das Citat ans Runden sey nicht vollständig. Dieser sage nemlich an der angeführten Stelle:

Wo übrigens weder besondere Gesetze, noch locales, erweisliches Herkommen, dergleichen Fensterrecht eingeführt haben, da bleibt es bey der natürlichen, durch das römische Recht bestätigten, Freiheit.

Daß Appellant den Bau seines Nutzens wegen unternehme, könne er auf Verlangen eidlich erhärten. Die vorgebliche Feuersgefahr sey unattendirlich, denn die meisten Häuser in unsern Städten, worin Fourage aufbewahrt würde, ständen nahe bei einander.

§. 6. Appellat duplicirte:

Das Eigenthum des Gegners an dem Platze sey nicht dargethan, und daraus, daß solcher vorhin nie bebauet worden, folge die Nichtbefugniß für die Zukunft, wenigstens eine präsumtive Servitut.

Die

Die L. 1. §. 4. ff. cit. passe auf diesen Fall genau. Westphals Erklärung der L. 11. pr. ff. de servit. praed. urban. sey unnatürlich, denn es sage das Gesetz nicht, daß dabei eine servitus ne luminibus officiatur, zum Grunde liege.

Die Voraussetzung, daß hier von aedibus funditus reaedificandis die Rede sey, wäre unrichtig.

Eben daraus, daß aufgeschlagene Fenster über den Grund und Boden des andern hiengen, folge die servitus, ne luminibus officiatur. —

Fenestras aperiundi servitus super vicini solo, etiam servitutem, ne luminibus officiatur, in se continet.

a *Leuwen Censura for. lib. 2. cap. 14. nr. 26.*

Si quidem servitus luminum (Fensterrecht) est jus aperiendi fenestram pendulam super aream alterius, quod sine servitute fieri non potest, cum tota fenestrae apertura, et conversio super cardine, super proprium, non alienum solum, fieri debeat.

Grotius in manud. ad jurisprud. Holland. Lib. 2. Cap. 34. nr. 25, 26.

Da nun ihm, Appellaten, schon aus der Natur der Sache eine Servitut erwachsen sey, so dürfe der Gegner nicht bauen, um ihm Licht und gesunde Luft in seiner Wohnung zu entziehen.

Servitus luminum enim jus prohibndi vicinum, ne ad obscuranda lumina aliquid faciat, per se habet annexum, quia dominus servientis praedii nil facere potest, quod exerci-

ercitium servitutis concessae impediat. *Hellfeld* jurispr. forens. §. 610.

§. 7. In dem hierauf abgegebenen Urthel wurde das in erster Instanz ertheilte Erkenntniß wieder aufgehoben, und die Sache dahin entschieden: daß Appellant das in Frage seyende Gebäude auf dem ihm eigenthümlichen Platze zu errichten, wohl befugt gewesen, bei dessen ungestörtem Besitz zu schützen, und die von ihm eingelegte Caution nunmehr für erloschen zu erklären sey, unter Vergleichung der Proceßkosten.

Entscheidungsgründe.

Es ergiebt sich aus dem, vom Appellaten in erster Instanz geleisteten, gerichtlichen Geständniß, daß der Platz, worauf Appellant das Gebäude errichtet hat, dessen Eigenthum ist; wogegen die, nachher in der Duplick von ersterm erregten Zweifel keine rechtliche Rücksicht verdienen.

Daß nun der Eigenthümer einer Sache sich dieser nach Willkühr zu bedienen, befugt ist, fließt aus der Natur des Begrifs von Eigenthum; und alles, was Appellat, um diese Befugniß des Appellanten in Absicht der Errichtung des Gebäudes zu bestreiten, anführt, kann auf keinen rechtlichen Werth Anspruch machen, denn

1) ergiebt sich aus den Akten nicht, daß Appellatens Seitenfenster, beim Oefnen, wirklich über des Appellanten Eigenthum hervorragen; vielmehr ist zu vermuthen, daß sie sich nicht über den, zu des erstern Hause gehörenden Tropfenfalls-Raum erstrecken.

Wäre

Wäre indeß das Gegentheil auch der Fall, und dies als Folge einer Servitut anzusehen: so könnte diese doch keine servitus luminum — wie Appellat irrig glaubt — genannt werden, da solche das Recht begreift, in der Wand eines Andern, um das Licht zu genießen, eine Oefnung zu haben, welches der Andere freilich auf keine Art verdunkeln darf.

Es folgt aber

2) aus dem Rechte, offene Fenster nach dem Platze eines Andern zu haben, an und für sich noch die servitus, ne luminibus officiatur, nicht.

Ille, qui fenestras, in proprio pariete apertas, per longum tempus habuit, eo ipso servitutem, ne luminibus officiatur, non adquisivit, nisi *prohibuerit, ne officeretur, et vicinus acquieverit, ac deinceps legitimum tempus elapsum sit.*

Berger Oecon. jur. Lib. 2. Tit. 3. th. 17. nr. 3.

Wernher obs. forens. T. 1. P. 2. obs. 375.

Leyser Vol. 2. sp. 107. nr. 3.

Hommel Rhapsod. obs. 520. nr. 5.

3) Beruhet der, durch Errichtung des Gebäudes für Appellaten entstandene Nachtheil mehr in der Einbildung, als in der Wirklichkeit, da seine Wohnstube ihr vorzügliches Licht durch die vordern, nach der Straße gerichteten Fenster, empfängt, und das Gebäu-

bäude in der gewöhnlichen Entfernung von den Seitenfenstern errichtet worden, so daß Appellat durch diese, sowohl das etwa noch nothdürftige Licht, als frische Luft geniessen — vom Zwecke eines Prospects auf den leeren Platz aber, worauf schon vorhin ein Schweinestall stånd, die Rede nicht seyn kann.

Aber auch selbst im Fall eines, durch diesen Bau für Appellaten entstandenen, Nachtheils, ist des Appellanten Befugniß dazu keinem Zweifel unterworfen, wie dieses die die *L. 9. ff. de serv. praed. urban.* mit dürren Worten entscheidet:

> cum eo, heißt es, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus *non serviat,* nulla competit actio.

Daß nun

4) Appellat das Daseyn einer ihm zustehenden Servitut, entweder durch Vertrag, oder Gesetz erwiesen habe, läßt sich nicht behaupten.

Die vom Richter erster Instanz zum Grunde gelegten Gesetze *L. 12. §. 2. C. de aedif. privat.* und *L. 1. §. 17. ff. de novi oper. nunc.* finden hier keine Anwendung, denn dies letztere hat bloß auf einen einzelnen, bei praediis rusticis eintretenden, und zum Vortheil des Ackerbaues entschiedenen, Fall; das erstere Gesetz aber, als bloße Policei Verfügung, nur auf die Bauart in Rom Bezug, indem der ganze Titel von

Rom,

Rom, und der §. 4. vom Capitolio spricht.

Und daß dieses Gesetz in ganz Deutschland, und in hiesigen Landen — wäre es auch ganz allgemein — doch nie befolgt worden ist, dies bezeugen mehrere Rechtslehrer, als

Voetius in comment. ad Pand. Lib. 10. Tit. 1. §. 12.

Stryk us. mod. Lib. 10. Tit. 1. §. 14.

indem es auf der Notorietät beruhet, daß die Entfernung der Häuser von einander nirgends einen Raum v. 12 Fuß in sich begreift.

---

481. Meditation.

Die liederliche und ausschweifende Lebensart einer Witwe während des Trauer-Jahrs, ist kein hinreichender Grund, dieselbe des Brautschatzes für verlustig zu erkennen.

§. 1.

Eine Witwe klagte wider die Erben ihres verstorbenen Mannes, auf die Herausgabe des demselben zugebrachten Brautschatzes. Diese wollten sich aber dazu nicht verstehen: weil sie glaubten, daß hier ein rechtmäßiger Grund vorhanden sey, der Witwe den Brautschatz absprechen zu können. Es hatte nemlich die Witwe, gleich nach

dem Absterben ihres Mannes, sich einer liederlichen und ausschweifenden Lebensart ergeben, mit mehrern Mannspersonen einen unerlaubten und sträflichen Umgang gehabt, und war, während des mit den Erben ihres verstorbenen Mannes geführten Processes, von einem Kinde, im 10ten Monate nach jenes Tode, entbunden.

§. 2. Ueberführt war allerdings die Witwe von allen ihr gemachten Vorwürfen, sie konnte auch solche auf keine Weise ablehnen; allein sie glaubte, daß alles dieses keine hinreichende Ursache für die Erben abgeben könne, sich ihres Brautschatzes anzumaßen. Das in dieser Sache erfolgte Erkenntniß fiel auch zum Besten der Klägerin aus: indem die Erben für schuldig erkannt wurden, den Brautschatz, — welcher in baarem Gelde bestand, — mit Zinsen des Verzugs und allen verursachten Kosten, derselben auszuzahlen.

§. 3. Es ist wahr, daß es Rechtsgelehrte a) giebt, welche in einem solchen Falle eine Witwe mit dem Verlust ihres Brautschatzes bestraft wissen wollen. Daß aber diese Meinung den Gesetzen gar nicht angemessen, und also der ent=

a) *Pistor* Cons. cons. 3. qu. 1. *Card. Tusch* pract. concl. Tom. 1. lit. A. concl. 227. nr. 24. *Schrader* de feud. part. 9. cap. 2. nr. 6. *Nevenhahn* de juribus ac privilegiis viduarum pag. 300.

entgegengesetzten *b*) nicht vorzuziehen sey, wird uns nicht schwer werden, zu zeigen.

§. 4. Schon das, daß jene Strafe in keinem einzigen Gesetze gegründet ist, muß unserer Meynung den Vorzug geben. Denn Strafen dürfen ohne gesetzliche Verordnungen so wenig erkannt, als von einem Falle, auf den andern ausgedehnt werden. Beides aber würde hier geschehen. Die Nov. 39. Kap. 2. §. 1. erkennet eine Witwe, die in dem Trauer-Jahr Hurerei getrieben, nur bloß der Vortheile für verlustig, die sie sonst aus den Gütern ihres Mannes würde gehabt haben; sagt aber mit keinem Worte, daß auch eben das bei dem Brautschatze statt finden solle.

Unde sancimus, das sind die Worte jener Novelle, si quid tale contigerit, et ante luctus tempus pepererit mulier circa terminum anni, ut indubitatum sit, sobelem non ex priori consistere matrimonio; modis omnibus eam privari antenuptiali donatione, et secundum proprietatem, et secundum usum: subdendam quoque aliis omnibus poenis ac si secundas eam contigisset ante luctus tempus legitimas celebrasset nuptias.

§. 5.

b) *Fachineus* contr. jur. lib. II. cap. 75 et 76. *Walch* controv. jur. civ. recent. Sect. 1. Cap. 2. Membr. I. §. 26. *Eisenhart* de juribus singularibus viduarum §. 17. in opusc. nr. 17.

§. 5. Eben so heißt es auch in der *auth. eisdem poenis C. de secund. nupt.*

Eisdem poenis subjicitur etiam ea, quae parit intra luctus tempus, si modo indubitatum sit, sobolem hanc ex defuncto non existere: nam et usufructu antenuptialis donationis privatur.

Also nur Strafe der Ehrlosigkeit und Beraubung der Vortheile aus den Gütern des Mannes zieht sich eine Wittwe zu, die in dem Trauer-Jahre eine liederliche und ausschweifende Lebensart führt.

§. 6. Die Gründe, welche man uns entgegensetzt, sind von keiner Erheblichkeit: wie jeder aus dem bloßen Anblick derselben sehen wird.

Man sagt, nach den Gesetzen *c*) würde angenommen, daß eine Witwe, so lange sie nicht wieder heirathe, noch in der ersten Ehe lebe; daher genieße sie denn auch aller Rechte und Vorzüge ihres verstorbenen Mannes *d*). Wenn es nun wahr sey, daß eine Frau wegen eines begangnen Ehebruchs ihres Brautschatzes verlustig werde und derselbe ihrem Manne anheimfalle, so lasse sich diese gesetzliche Disposition um so mehr auf gegenwärtigen Fall anwenden, da eine solche Witwe durch ihre liederliche Aufführung noch ihren Mann beschimpfe, und, um mit den Gesetzen *e*) zu reden, dessen Seele in Traurigkeit versetze.

§. 7.

c) L. ult. C. de bon. matern.

d) L. 8. ff. de senat.

e) Nov. 22. cap. 43.

§. 7. Wenn nun aber auch alles das wahr ist, so kann doch dadurch die gegenseitige Meinung nicht begründet, vielweniger bewiesen werden. Daß eine Frau nach dem Tode ihres Mannes noch gewisser Vorzüge genießt, das ist bloß zum Besten der Witwe eingeführt und darf also nicht so zu ihrem Nachtheil angewendet werden, daß sie für ihre Vergehungen mit einer Strafe belegt werde, von welcher die Gesetze nichts wissen.

Und wenn gleich der Mann berechtiget ist, gegen seine ehebrecherische Frau auf den Verlust des Brautschatzes zu klagen; so ist doch zwischen Ehebruch und Hurerei ein großer Unterschied. Durch Ehebruch wird die eheliche Treue verletzt, hier aber, wo die Ehe durch den Tod getrennt ist, fällt diese Verletzung von selbst weg.

---

482. Meditation.

Ein von dem größten Theile der Gläubiger mit dem Gemeinschuldner eingegangener Erlaß-Vergleich, schadet dem hypothekarischen Gläubiger nicht, und ist dieser nicht verpflichtet, dem Vergleich beizutreten.

§. 1.

In der *L. 7. §. 19. de pact.* ist folgendes enthalten: Hodie tamen ita demum pactio hujusmodi creditoribus obest, si convenerint in unun,

et

et communi consensu declaraverint, quota parte debiti contenti sint; si vero dissentiant, tunc Praetoris partes necessariae sunt, qui decreto suo sequetur majoris partis voluntatem.

In der darauf folgenden *L. 8. ff. de pact.* wird genauer bestimmt, was unter den Worten: *major pars*, zu verstehen sey.

Majorem esse partem, heißt es, pro modo debiti, non pro numero personarum, placuit. Quod si aequales sint in cumulo debiti, tunc plurium numerus creditorum praeferendus est. In numero autem pari auctoritatem ejus sequetur Praetor, qui dignitate inter eos praecellit; sin autem omnia undique in unam aequalitatem concurrant, humanior sententia a Praetore eligenda est.

§. 2. Nach diesem Gesetze, ist also der geringere Theil der Gläubiger verplichtet, dem größern Theile derselben beizutreten, und so auch von seinen Forderungen, nach Verhältniß, nachzulassen.

Ob nun aber, wenn z.B. alle chirographarische, und ein Theil der hypothekarischen Gläubiger dem Schuldner von ihren Forderungen einen Theil nachlassen, ein hypothekarischer Gläubiger gezwungen werden könne, diesem Erlaß-Vergleiche mit beizutreten? darüber wurde in einer gewissen Sache sehr gestritten.

§. 3. Wir glauben, diese Frage verneinen zu müssen *a*), da es in der *L. 10. pr. in fin. ff. de pactis* ganz deutlich so heißt:

Et repeto, ante formam, a Divo Marco datam, Divum Pium rescripsisse, fiscum quoque in his casibus, in quibus hypothecas non habet, et ceteros privilegiarios, exemplum creditorum sequi oportere. *Haec enim omnia in his creditoribus, qui hypothecas non habent, conservanda sunt.*

§. 4. Die Schlußworte dieses Gesetzes sind so deutlich, daß die dagegen angebrachten Gründe schon von selbst ihre Erledigung finden. — Denn wenn gleich ein Erlaß-Vergleich den Endzweck hat, daß der Gemeinschuldner wieder zu bessern Vermögens-Umständen gelange, und es hiernach unbillig zu seyn scheint, daß dem geringen Theil der Gläubiger das zuwachse, was des größere nachgelassen hat; so kömmt dagegen in Betracht, daß keiner, der sich seines Rechts bedient, einem Andern Schaden zufügt. Ein hypothekarischer Gläubiger, hat allemal ein Recht, was ihm, wider seinen Willen, nicht entrissen werden kann, und da Niemand einem Andern

a) *Carpzov* part. 2. const. 22. def. 28. *Stryk* U. M. Tit. de pactis §. 11. *Berger* elect. disc. P. 2. Tit. 52. §. 1. *Pufendorf* Tom. 2. obs. 164. §. 1. *Müller* Promt. jur. s. v. pactum remissorium ibique alleg. Quistorps rechtliche Bemerkungen Th. 2, Nr. 62, S. 240.

dern von seinem Rechte etwas vergeben, oder solches schmälern kann; so kann man auch nicht behaupten, daß, weil die Mehrheit der Gläubiger für den Erlaß-Vergleich ist, der hypothekarische Gläubiger verpflichtet sey, auch von seinen Forderungen, nach Verhältniß, etwas schwinden zu lassen.

§. 5. Aber muß denn hier nicht die, in der *L. 11. §. 6.* und *L. 12. ff. de minor.* enthaltene Regel, quod privilegiatus contra aeque privilegiatum non utatur privilegio, gelten? da nicht bloß chirographarische, sondern auch einige hypothekarische Gläubiger, dem Vergleiche beygetreten sind.

So wahr nun gleich jene Regel ist; so kann sie doch deswegen hier keine Anwendung finden, weil die angeführte, *L. 10. pr. ff. de pact.* ganz allgemein redet, und keinen Unterschied darunter macht, ob hypothekarische Gläubiger mit unter der Zahl der sich Verglichenen sind, oder nicht.

Haben nun gleich einige von den hypothekarischen Gläubigern mit in den Vergleich gewilliget; so kann ihre Einwilligung einem Andern nicht schaden, da hier gleiche Rechte unter beyden eintreten, und Niemand gezwungen werden kann, von seinem, ihm durch die Gesetze gegebenen, Rechte etwas nachzulassen.

---

483. Meditation.

Die Provocation aus der L. diffamari kann mit der Injurien-Klage nicht kumuliret werden.

§. 1.

Der Regel nach, kann keiner zum Klagen gezwungen werden. Es giebt aber eine Ausnahme von dieser Regel; und diese ist: wenn Jemand aus der, *L. si contendat*, oder aus der *L. diffamari*, zu klagen, aufgefordert wird. Die Provocation aus dem letztern Gesetze findet alsdann Statt, wenn Jemand von einem Andern etwas Ehrenrühriges, Schimpfliches, oder Nachtheiliges, geredet hat, und geht dahin: daß der Diffamant seine Behauptung erweise, oder in Entstehung dessen, gewärtige, daß ihm ein ewiges Stillschweigen auferlegt werde.

§. 2. Diese Provocation ist nun so wenig in der *L. 5. C. de ingen. manum.* als in andern Gesetzen des römischen Rechts, gegründet *a*); son-

a) *Meister* de falsa probatione processus provocatorii ex jure Romano. In opusc. Tom. I. *Kind* Quaest. forens. Cap. 85.

sondern sie ist, durch die von den Glossatoren geschehene Auslegung jenes Gesetzes, eingeführt worden.

Nach dem R. Ab. von 1532. Tit. 3. §. 2. soll der Diffamations-Proceß, in friedbrüchigen, Schmach- und andern Sachen, und zwischen Parteien, die dem Kammer-Gericht, unmittelbar unterworfen sind, Statt finden.

In der R. G. O. Th. 2. Tit. 25. heißt es hier eben so:

Als auch, durch den Proceß ex L. diffamari, die Sachen je zu Zeiten anhängig gemacht, und darnach auf ihnen selbst ruhen bleiben, auch dadurch den Parteien, wider der Kaiserl. Majestät und des Reichs Ordnung, ihr ordentlich Gericht und Instanz abgeschnitten und entzogen werden; demnach setzen und ordnen wir, daß L. diffamari, an dem Kammer-Gericht verstanden und gebraucht werden soll, in **friedbrüchigen, Schmach- und andern dergleichen Sachen, in denen solche Diffamation gefährlicher, betrieglicher Weis**, oder in ander Wege, dem andern Theil zum Nachtheil und Beschwerung geschehen, auch nicht anders, denn so die ansuchende Parthei, die in der Hauptsache antwortet, der Kaisel. Maj. und dem Reiche sonst ohne Mittel unterworffen, an das Kammer-Gericht, vermöge der Kaiserl. Maj. und des Reichs Ordnung, gehörig.

§. 3. Doch, dies alles bey Seite gesetzt, und ohne weiter zu untersuchen, wann, und in wel-

welchen Fällen, die Provocation, aus gedachtem Gesetze, Statt finde, oder nicht, und wann es vortheilhafter sey, sich, bey Injurien, dieser Provocation, oder der Injurien-Klage, zu bedienen, wollen wir hier die Frage: ob diese Provocation, mit der Injurien-Klage zugleich, in einer Klage verbunden werden könne? beantworten; vorher aber einen Fall anführen, in welchem hierüber gestritten wurde.

§. 4. Es hatte Jemand einem Andern verschiedene üble, schimpfliche Nachreden gemacht, wodurch Ersterer zu klagen bewogen wurde. Der Kläger bediente sich hier der Provocation aus der *L. diffamari*, verband damit die Injurien-Klage, und trug darauf an, daß dem Diffamanten, unter der Verwarnung eines ewigen Stillschweigens, möge aufgegeben werden, seine Diffamation zu erweisen: wobey er noch bat, daß man den Diffamanten zur Abbitte und Ehrenerklärung anhalten möge. Der Beklagte setzte, unter andern Einreden, dieser Klage die Einrede der unschicklichen Kumulation entgegen, und so entstand die Frage: ob eine solche Kumulation zuläßig sey, oder nicht?

§. 5. Es giebt nun zwar verschiedene Rechtsgelehrte *b*), die eine solche Verbindung beyder

b) *Cothmmann* Conf. Vol. 3. conf. 33. seq. *Mevius* ad jus Lub. Lib. I. Tit. 4. art. 3. nr. 21. Quistorps

beyder Klagen zulassen. Daß aber diese Meynung ganz irrig sey, werden uns die dafür angegebenen Gründe lehren. Die, zum Beweise für diese Meynung, angeführte *L. 7. §. 5. ff. de injur.* enthält weiter nichts, als daß, wenn Jemandem mehrere Injurien von einer Person zugefüget werden, der Injuriat nicht, wegen einer jeden Injurie, eine besondere Klage anstellen könne, sondern alle in einer Klage, mit einander verbinden müsse.

Si mihi plures injurias, dies sind die Worte des Gesetzes, feceris, puta, turba et coetu facto, domum alicuius intröeas, et hoc facto efficiatur, ut simul et convicium patiar, et verberer: an possim separatim tecum experiri de singulis injuriis, quaeritur? et Marcellus, secundum Neratii sententiam, hoc probat: cogendum, injurias, quas simul passus est, conjungere.

§. 6. Daß die, in diesem Gesetze enthaltene, gesetzliche Disposition mit unserm Falle in gar keiner Verbindung stehe, bedarf wohl keines Beweises. Jenes Gesetz redet von mehrern Injurien; hier aber ist nur die Frage: ob bey einer Injurie zwey Klagen, die eine ganz entgegengesetzte Absicht zum Grunde haben, angestellet werden können? und dies wird man, wie wir gleich zeigen werden, nicht behaupten können.

§. 7.

Quistorps rechtliche Bemerkungen Th. 2. Nr. 61. S. 231.

§. 7. Ferner beruft man sich auf die *L. 1. §. 4. ff. quod legat,* welche die Regel, daß, so oft es ungewiß bleibe, welche von mehrern Klagen einem zustehe, die Verbindung zweyer Klagen in einer Klagschrift zuläßig sey, enthalten soll. Hieraus ziehet man nun die Folge: da der Diffamat nicht wissen könne, was für eine Ursache der Diffamant zur Diffamation habe, und vorbringen werde; so könne man ihn nicht nur dazu auffordern, sondern auch darauf antragen, daß, falls er die Diffamation nicht beweise, , er als Injurant bestraft werde.

§. 8. Ehe wir auf diesen Einwurf antworten, wollen wir jenes Gesetz wörtlich anführen:

Quia autem nonnumquam incertum est, utrum quis pro legato, an pro herede, vel pro possessore possideat, bellissime Arrianus scribit, hereditatis petitionem instituendam, et hoc interdictum reddendum, ut sive quis pro haerede, vel pro possessore, sive pro legato possideat, hoc interdicto teneatur: quemadmodum solemus facere, quotiens incertum est, quae potius actio teneat, nam duas dictamus, protestati, ex altera nos velle consequi: quod nos contingit.

§. 9. Wenn wir dieses Gesetz etwas näher ansehen; so werden wir finden, daß solches nicht von der Kumulation, als welche überhaupt im römischen Rechte nicht gegründet ist, sondern von der Edition der Klagen, rede. Und gesetzt, jenes Gesetz

setz handelte auch von der Kumulation der Klagen; so ist doch der, darin erzählte Fall, von dem unsrigen sehr weit verschieden. Dort war es ungewiß, was für eine Klage angestellet werden mußte; hier aber kann deshalb keine Ungewißheit obwalten, da der Diffamat von den, ihm zustehenden Klagen, eine wählen kann.

§. 10. Daß nun aber die Verbinduug der Provocation aus der *L. diffamari*, mit der Injurien-Klage, in einer Klagschrift, ein Mittel seyn solle, Processe abzukürzen, ist völlig ungegründet; vielmehr würde dieselbe, wenn sie anders zuläßig wäre, nur dahin führen, Processe, unnützer Weise, weitläuftig zu machen. Wir wollen uns nicht bey der, unter den Rechtsgelehrten noch streitigen, Frage: ob der Diffamat bey einem, sowohl in Absicht seiner, als des Diffamanten, inkompetententen Gericht, belangt werden könne *c*)? aufhalten, und nur als unbestritten anführen, daß der Diffamat, vor das Gericht, unter welchem er steht, den Diffamanten provociren könne. Wenn nun der Injuriant bey seiner kompetenten Obrigkeit belangt werden muß; so müßte dadurch ein Zwist unter der Gerichts-

c) Daß die Provocation aus der *L. diffamari* einem, so wohl in Absicht des Diffamaten als des Diffamanten inkompetenten Gericht angebracht werden könne, behaupten unter andern *Mevius* part. 3. dec. 213. *Wernher* part. 5 obs. 109. nr. 3. Diesem widerspricht *Leyser* sp. 21. med. 4.

richtsobrigkeit des Diffamaten und des Diffamanten entstehen, welcher, natürlicher Weise, den Proceß nur aufhalten würde.

§. 11. Bey diesem allen, wäre es nicht einmal nöthig, unsere Meynung, der auch die mehrsten Rechtsgelehrten *d)* beypflichten, durch mehrere Gründe zu unterstützen. Um aber das Ungereimte der gegenseitigen Gründe noch mehr zu zeigen, wollen wir noch ein und das andere anführen.

Der Endzweck der Provocation geht, wie wir schon gesagt haben, dahin: daß der Diffamant die Diffamation beweise, und ihm, falls er es nicht kann, ein ewiges Stillschweigen auferlegt werde. Bey der Injurien-Klage wird aber darauf angetragen, daß der Injuriant die Injurie, wiederrufe, und deshalb bestraft werde. Wie verschieden, ja, wie ganz entgegengesetzt, ist also nicht der Endzweck beyder Klagen! Dort soll der Diffamant, oder Injuriant, die Injurie beweisen, hier wiederrufen; zu Letzterm aber ist er nicht schuldig, wenn er das Erstere kann.

§. 13.

d) *Richter* part. 2. dec. 100. nr. 111. *Carpzov* part. 4. const. 42. def. 15.
Stryk de act. for. Sect. 1. Membr. 10. §. 52. *Wernher* part. 5. obs. 12. *Berger* elect. proc. prov. §. 3.
Cocceji de act. ad agend. inv. Cl. 3. §. 10.

§. 13. Bekannt ist es ferner auch, daß derjenige, welcher einen Andern, zu klagen, provociret, der Beklagte sey; denn die Absicht der Provocation ist ja diese: daß der Provocat seine Klage anstelle. Wollte man nun die Kumulation der Provocation, aus dem angeführten Gesetze, mit der Injurien-Klage zulassen, so würde daraus folgen: daß der Diffamat zugleich die Person des Beklagten, nemlich bey der Provocation, und des Klägers, in Absicht der Injurien-Klage, vorstellte.

Daß endlich noch, bey der Kumulation dieser beyden Klagen, nur eine Verwirrung der Gerichtsstände entstehen würde, haben wir schon gezeigt.

---

484. Meditation.

Zur Bescheinigung der geschehenen Diffamation, kann der Diffamat sich der Eydes-Zuschiebung nicht bedienen.

§. 1.

Zur Begründung der Provocations-Klage aus der *L. diffamari*, wird, als ein wesentliches Stück, erfordert, daß der Diffamat das, in der Provocation enthaltene, factum bescheinige. Dies verordnet der R. A. von 1654. §. 83. wenn es darin so heißt:

Kam-

Kammer-Richter, Präsident, und Beysitzer unsers Kaiserl. und des heil. Reichs Kammer-Gerichts, sollen auch fleißige Aufsicht haben, damit das remedium legis diffamari nicht mißbraucht, sondern hierin die Disposition, sowohl der gemeinen Rechte, als der Reichssatzungen, in gute Obacht genommen, und keine citatio ex lege diffamari, anderer Gestalt, es wäre denn die Diffamation in specie namhaft gemacht, die angegebene Diffamation, auch noch vor der Ladung, durch schriftliche, oder andere glaubliche Urkund, und anzeigentlichermaßen, beygebracht und erkennet, nach Erkennung der Processen aber soll vor allem die Diffamation vollkommlich erwiesen, und auf deren Beweisung die Haupt-Sache an das Gericht remittiret werden, wohin diese, ihrer Eigenschaft und Umständen nach, gehöret.

§. 2. Eben dies will auch die Fürstlich Lippische Hofgerichts-Ordnung von 1593, Th. 2. Tit. 50. §. 1., die hierüber folgendes enthält:

Wir setzen, ordnen und wollen, daß an unserm Hofgericht *L. deffamari* verstanden und gebraucht werden soll, in Schmäh- und andern Sachen, in denen solche Diffamation gefährlicher und betrüglicher Weise, oder in andere Wege, dem andern zum Nachtheil und Beschwerung beschehen, auch nicht anders, dann so die ansuchende Parthey in der Haupt-

Sa-

Sache antworten, und sie, oder die Sache, ihrer Natur nach, unsers Hofgerichts Jurisdiction, laut dieser Verordnung, ohne Mittel unterworffen. Und, so solche Processe erkannt, und darauf die diffamatio, wie sich gebühret, artikulsweise, in Recht dargethan und erwiesen, soll alsdann, und nicht eher, dem Diffamanten eine genannte Zeit seine Klage vorzubringen, mit dem Anhang, wo er das nicht thäte, daß ihm alsdann ein ewig Stillschweigen auferlegt seyn solle, angesetzt, und sonst hierin, vermöge gemeinen Rechten, und dieser Ordnung, gehandelt und procediret werden.

§. 3. Daß nun aber diese, dem Diffamaten obliegende, Bescheinigung, daß nemlich der Diffamant von ihm etwas Nachtheiliges, oder Ehrenrühriges geredet habe, durch die Eydes-Zuschiebung geführet werden könne, behauptet *Ludovici* in seiner Dissertation *de impositione silentii*, *C. 2. §. 4.* und in der Einleitung zum Civil-Proceß, Kap. 5. §. 12. Die Gründe, die derselbe für seine Meynung anführt, sind folgende. Er sagt: es sey kein Gesetz da, das in diesem Falle, den Beweis durch Eydes-Zuschiebung ausschliesse. So oft nun durch ausdrückliche rechtliche Verordnungen keine Ausnahme gemacht werde, müsse die Eydes-Zuschiebung Statt finden *a*), und

a) Meditationen Band 7. Nr. 365. §. 2.

und dies leide auch bey Injurien-Sachen keine Ausnahme *b*).

§. 4. So wahr jene Gründe nun auch sind, so beweisen sie doch das nicht, was sie eigentlich beweisen sollten.

Ob nemlich der Diffamat, bey dem Fortgange der Sache, wenn der Diffamant die Diffamation läugnet, diesem den Eyd darüber zuschieben könne, ist von unserm Fall sehr verschieden. Die Gesetze wollen, daß bey Anstellung der Provocations-Klage, die Diffamation sofort bescheiniget werde, und daß, wenn solches nicht geschieht, nichts darauf verfügt werden solle. Diese Bescheinigung aber muß, entweder durch schriftliche Urkunden, oder durch Zeugen, geführt werden. Denn würde es nicht ungereimt seyn, wenn derjenige, der einen Andern, zu klagen, provociren will, von diesem zuvor forderte, daß er sich selbst zu einem Diffamanten machte!

Es läßt sich daher die gegenseitige Meynung, der auch die Observanz und Praxis *c*) widerspricht, auf keine Weise vertheidigen.

b) Meditationen Band 4. Med. 205.
c) *Mevius* part. 3. dec. 393. *Wernher* Tom. I. part. I. obs. 228.

---

485. Meditation.

Einem Legatarius steht das remedium aus der L. fin. C. de edict. Div. Hadr. toll. nicht zu.

§. 1.

In der *L. fin. C. de edict. Div. Hadr. toll.* ist dem Testaments-Erben ein neues Mittel, zur Erlangung der Erbschaft, gegeben. Dieses Rechtsmittel kömmt jedem Testaments-Erben, er mag nun entweder zur ganzen Verlassenschaft, oder zu einem Theile derselben, eingesetzt seyn, zu Statten; es muß aber alsdann das Testament weder zerrissen, noch durch ein anderes Testament aufgehoben, noch sonst auf einige Art und Weise in seiner Form mangelhaft, sondern, bey dem ersten Anblick, ohne Fehler seyn; weshalb denn auch das Testament dem Richter im Original vorgelegt werden muß.

§. 2. Ob nun aber auch ein Legatarius sich dieses Rechtsmittels, um in den Besitz der vermachten Sache, zu kommen, bedienen könne? das ist eine, unter den Rechtsgelehrten sehr bestrittene Meynung: indem Einige jene Frage be-

jahen *a*), Andere aber solche verneinen *b*).

Die letztere Meynung scheint uns die gegründetste zu seyn, und mit der Analogie des Rechts am mehrsten übereinstimmen.

§. 3. Nicht bloß deswegen, weil jenes Gesetz nur allein von den Erben redet, sondern auch, weil der Grund desselben nicht auf die Legatarien passet, können wir das darin den Erben gegebene Rechtsmittel, um in den Besitz der Erbschaft zu kommen, den Legatarien nicht zugestehen. Der Erbe vertritt die Stelle des Erblassers: ihm muß also vor allem daran gelegen seyn, alles, was zur Erb-

a) *Finkelthaus* observ. nr. 121. *Mynsinger* cent. 5. obs. 61. nr. 6. *Berlich* part. 1. concl. 80. *Brunnemann* ad L. ult. C. de edict. div. Hadr. toll. *Lauterbach* C. T. P. Tit. quor. bonor. §. 16. *Carpzov* part. 3. const. 13. def. 35. Ludovici Einl. zum Civ. Proceß Kap. 3. §. 3. *Leyser* sp. 381. med. 4. *Hommel* Rhaps. obs. 4.

b) *Mevius* part. 1. dec. 97. *Coler* de proc. exec. part. 3. cap. 2. nr. 32. *Menochius* de adipisc. poss. rem. 4. nr. 693. *Berger* elect. disc. for. part. 1. Tit. 5. §. 9. Strube rechtl. Bed. Th. 4. Bd. 31. *Hellfeld* jurisp. for. Tit. quor. bonor. §. 1844.

Sprekelsen de remedio ex L. ult. C. de edict. div. Hadr. toll. cap. 3. Sect 1. §. 6. *Gmelin* in comment. de rem. L. ult. C. de edicto D. Hadriani. toll. *Tubingae* 1773.

Erbschaft gehöret, zu besitzen; und dies kann er um desto mehr verlangen, da es ihm obliegt, die auf der Erbschaft ruhenden Schulden und Vermächtnisse auszuzahlen.

Dieser Grund fällt aber bey dem Legatarius völlig weg. Diesem gehen die Schulden des Erblassers nichts an; er braucht nicht so, wie der Erbe, für alles zu haften, und hat daher auch keinen Grund, zu verlangen, daß er sofort in den Besitz der ihm vermachten Sache gesetzt werde. Ueberdem würde es die größte Unbilligkeit seyn, wenn man hierin dem Suchen des Legatarius willfahren wollte, da er doch nicht eher, sein Vermächtniß zu fordern, berechtiget ist, als bis alle Schulden des Erblassers getilgt sind. Will alsdann, wann dieses geschehen, der Erbe sich zur Herausgabe des Vermächtnisses nicht verstehen, so ist schon durch die Gesetze genug für den Legatarius gesorgt, da ihm drey Klagen, nemlich die Klage aus dem Testament, die Eigenthumsklage und eine hypothekarische Klage, gegeben sind.

§. 4. Hievon ausgegangen, müssen die dagegen aufgeworfenen Zweifelsgründe von selbst zerfallen. Denn wenn man sagt, daß das, was von dem Ganzen gelte, auch von den Theilen gelten müsse, und daß, in Ansehung des Accessoriums, das statt finde, was bey der Hauptverbindlichkeit gelte; so können wir beydes, unbeschadet unserer Meynung, zugeben. — Wir haben es schon mehrmals erinnert, daß die Rechtsregel: accessorium sequitur suum principale,

alsdann keine Anwendung finde, wenn unter beyden nicht gleiche Grundsätze eintreten, und Ersteres die Natur und Eigenschaft des Letztern nicht hat. Geben wir nun auch zu, daß Vermächtnisse, als accessoria des Testaments, angesehen werden können, so wird man doch eingestehen müssen, daß unter den Erben und Legatarien, ein großer Unterschied obwalte. Eben so wahr ist es, daß das, was von dem Ganzen gilt, auch von den Theilen gelten müsse; allein Vermächtnisse sind, an und für sich betrachtet, ein Ganzes: da es ja kein nothwendiges Erforderniß ist, daß in jedem Testamente auch Vermächtnisse hinterlassen werden.

§. 5. Ueber diese Frage: ob auch dem Legatarius das remedium aus dem angeführten Gesetz zustehe? wurde in einer gewissen Erbschafts Sache, gestritten, wo der Legatarius, dem ein Garten vermacht war, nach der Eröffnung des Testaments, sofort um die Immission in denselben nachsuchte, welche ihm aber abgeschlagen wurde.

---

486. Meditation.

Kinder haben, wegen der Pathen-Geschenke, in dem Fall, wenn solche nicht mehr vorhanden sind, keine stillschweigende Hypothek an den Gütern ihres Vaters.

§. 1.

In einer gewissen Concurs-Sache, wo der Vater die, seinen Kindern von ihren Gevattern gemachten Geschenke ausgegeben hatte, diese also nicht mehr da, auch für sie keine andere Sachen angeschaft waren, verlangten die Kinder, in die dritte Klasse gesetzt zu werden, weil sie behaupteten, daß ihnen, in Absicht derselben, eine stillschweigende Hypothek zustehe *a*).

Für diese ihre Meynung beriefen sie sich auf die *L. 6. §. 4. C. de bon. quae lib.* worin es heißt: Sed

a) *Carpzov* part. 1. const. 28. def. 113. et part. 2. const. 24. def. 28. *Mevius* part. 9. dec. 63. *Brunnemann* Jus eccl. lib. 2. cap. 1. §. 13. *Stryk* U. M. Tit. in quib. caus. pign. vel. hyp. tac. contr. §. 10. *Wernher* part. 1. obs. 19. *Walch* intr. in contr. jur. civ. Sect. 4. cap. 3. membr. 3. §. 11. *Berger* Oec. jur. lib. 2. Tit. 5. §. 3. et in Elect. discept. for. pag. 1498.

Sed cum tacitas hypothecas tam veteres leges in quibusdam certis casibus introduxerunt, quam nos in maternis, ceterisque donationibus, quas servare necesse est, et dubitabatur, ex quo hypothecas competere oportet: utrumne ab initio, an ex eo, ex quo male aliquid gestum est: compendiosa narratione interpretamur, initium gerendae, vel deferendae administrationis, vel observationis, esse spectandum, et non tempus, ex quo male aliquid gestum fuerit.

Auch das schien hier den Kindern zu Statten zu kommen, daß nach der *L. 20. C. de adm. tut.* den Pupillen eine stillschweigende Hypothek an den Gütern ihres Vormundes zusteht *b*); welche gesetzliche Verordnung hier um so mehr Anwendung zu leiden scheint, da der Vater hier, als ein Verwalter der seinen Kindern zugehörigen Güter, anzusehen ist.

§. 2. Stillschweigende Hypotheken können nur da Statt finden, wo sie durch Gesetze Jemandem gegeben sind; sie lassen sich auch nicht von einem Falle auf den andern ziehen. Daß

b) Pro officio administrationis, tutoris vel, curatoris bona, si debitores existant, tamquam pignoris titulo obligata, minores sibimet vindicare, minime prohibentur. Idem est, et si tutor, vel curator quis constitutus, res minorum non administravit.

Daß aber dies hier geschehen würde, kann folgendes lehren: In keinem einzigen Gesetze ist jene Hypothek den Kindern, an den Gütern ihres Vaters, wegen des Pathen-Geschenks, gegeben, und das dafür angeführte Gesetz sagt solches auch nicht. Zwar steht den Kindern, wegen des Brautschatzes ihrer Mutter, eine stillschweigende Hypothek zu, aber diese erstreckt sich nicht auf die übrigen bona adventitia der Kinder, wie dies die *L. 6. §. 2. C. de bon. quae liber.* deutlich anzeigt.

Non autem hypothecam, heißt es daselbst, *filiifamilias adversus res patris adhuc viventis adhuc, seu jam mortui, sperare audeant, nec ratiocinia ei supra administratione inferre etc.* Dieser §. würde mit dem §. 4. desselben Gesetzes in vollem Widerspruche stehen, wenn man die gegenseitige Meynung annehmen wollte. Ueberdem läßt sich solche auch nicht daraus herleiten, da jener §. von einem besondern Falle, nemlich von dem redet, da Kinder den Brautschatz ihrer Mutter, oder die donatio propter nuptias, zurückfordern.

§. 3. Wenn nun ferner Pupillen eine stillschweigende Hypothek an den Gütern ihres Vormundes haben, so ist doch zwischen diesem und unserm Falle abermals ein großer Unterschied. Der Vater ist nicht, wie der Vormund, ein bloßer Verwalter der Güter seiner Kinder, sondern diese Verwaltung steht ihm, vermöge seiner väterlichen Gewalt, zu, und in Ansehung dieser

Ver-

Verwaltung, ist er auch nicht so sehr, wie ein Vormund, eingeschränkt. Wollte man hier also von dem Vormunde auf den Vater schließen, so würde dies ein Schluß a diversis ad diversa seyn. Mit Recht wurde daher auch den Kindern, in dem angeführten Falle, die stillschweigende Hypothek abgesprochen c).

c) *Boehmer* J. E. P. Tom. 3. lib. 3. Tit. 42. §. 47. *Thomasius* de hypotheca tacita propter pecuniam lustricam §. 6. *Harprecht* scrutin. XVIII. de hyp. spec. §. 15. *Leyser* sp. 166. med. 2. et 3. S. auch *Müller* Promt. jur. s. v. Pecunia lustrica Nr. 5. etc. *Hellfeld* de diverso pignoris jure, liberis in parentum bonis competente §. 33. In opusc. Nr. 7. pag. 131. Quistorps rechtl. Bemerkungen Th. 1. Nr. 8. Buchst. d. S. 65.

---

487. Meditation.

Die von einem Minderjährigen in die Miethe eingebrachten Sachen sind dem Verpächter stillschweigend verpfändet.

§. 1.

In den Gesetzen a) ist dem Verpächter eine stillschweigende Hypothek, auf die von dem Pächter in

a) L. 2. 4. 6. ff. L. 5. C. in quib. caus. pig. vel hypothec. tac. contr.

in das gemiethete Haus eingebrachten Sachen gegeben. Diese Hypothek erstreckt sich so weit, daß auch die Sachen des Aftermiethmanns dem Verpächter verpfändet sind *b*). Billig gestehen wir auch eine solche stillschweigende Hypothek dem Verpächter zu, wenn er an einen Minderjährigen *c*) sein Haus vermiethet hat. Denn in keinem einzigen Gesetze finden wir, daß für diesen Fall eine Ausnahme gemacht worden; und da die stillschweigenden Hypotheken durch die Gesetze dergestalt eingeführet sind, daß zu ihrer Gültigkeit weder die Einwilligung ihres Curators, noch die Dazwischenkunft eines Richters erfordert wird, so bedarf es hier auch weiter nichts, als des Einbringens der Sachen in das gemiethete Haus.

§. 3. Als daher in einer gewissen Sache die Gläubiger eines Minderjährigen dem Verpächter sein Vorrecht, in Hinsicht auf das noch rückständige Miethgeld, abstreiten wollten, so mußten sie nothwendig damit abgewiesen werden. Denn wenn gleich einige Rechtsgelehrte *d*) in diesem

b) Unsere Mdit. Bd. 4. Med. 251.

Negusantius de pignor. part. 2. membr. 4. nr. 254. *Gail* lib. 2. obs. 83. nr. 8. *Meyer* Coll. Arg. lib. 20. Tit. 2. §. 2. *Struv* exerc. 26. §. 16. *Boehmer* intr. in jus dig. Tit. ex quib. caussis pig. vel hyp. tac. cont. §. 8. *Coceeji* Jus contr. eod. tit. qu. 15.

d) *Menochius* de adipisc. poss. rem. 3. nr. 82. et in arbitr. jud. quaest. lib. 2. cent. 2. cas. 171.

diesem Falle dem Verpächter eine stillschweigende Hypothek nicht einräumen wollen; so ist und bleibt ihre Meynung doch irrig und widerrechtlich.

§. 3. Es beruhe, sagt man, diese stillschweigende Hypothek gleichsam auf der vermutheten Einwilligung des Pächters. Ein Minderjähriger könne aber seine Sachen, ohne Einwilligung seines Curators, nicht ausdrücklich verpfänden; könne er aber das nicht, so könne er es eben so wenig stillschweigend, da das, was ausdrücklich und was stillschweigend geschehe, gleiche Wirkung habe.

§. 4. Wenn es nun auch wahr ist, daß ein Minderjähriger, ohne Einwilligung seines Curatoris, keine Hypothek auf seine Sachen geben darf; so kann das doch nur bloß von ausdrücklichen, nicht aber von stillschweigenden Hypotheken, gelten. Denn daß zwischen beyden ein großer Unterschied sey, wird Niemand läugnen. Stillschweigende Hypotheken gründen sich auf eine gesetzliche Disposition, ausdrückliche aber auf den Vertrag der Kontrahenten, und eben deswegen kann man nicht von letztern auf erstere schliessen.

171. nr. 30. *Vinnius* de pact. cap. 42. nr. 9. *Bachov* de pign. lib. 1. cap. 4. nr. 2. *Zoesius* ad ff. Tit. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr.

sen. — Es fehlet überdem auch nicht an Beyspielen, wo die Gesetze Jemandem eine Hypothek auf die Güter eines Minderjährigen geben, ohne daß zur Gültigkeit derselben die Einwilligung des Curators erforderlich ist. So wird nemlich in der *L. 2. ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt e)*, verordnet, daß, wenn ein Minderjähriger von dem Fiskus etwas kaufe, diesem die Sache, wegen des nicht bezahlten Kaufpreises, stillschweigend verpfändet werde.

Und da überhaupt, in diesem Falle, sich so bald keine Verletzung denken läßt, so muß auch hier die in der *L. fin. C. de rest. in integr.* enthaltene Regel:

> Non videtur circumscriptus esse minor, qui jure sit usus communi,

Statt finden.

e) Sed hic videtur illud movere, quod cum dominio pignus quaesitum est, et ab initio obligatio inhaesit. Quod si a fisco emerit, nec dubitatio est, quin jus pignoris salvum sit.

488. Meditation.

Das interdictum Salvianum findet wider einen dritten Besitzer der verpfändeten Sache nicht Statt, wenn er nicht die Sache, wissentlich, daß sie verpfändet gewesen, an sich gebracht hat.

§. 1.

Das interdictum Salvianum steht dem Verpächter eines Landguts gegen den Pächter zu, um in den Besitz der verpfändeten Sache gesetzt zu werden. In der Folge der Zeit ist aber dieses Interdict auf alle und jede Pfandgläubiger ausgedehnt worden. Ob aber solches auch gegen den dritten Besitzer einer verpfändeten Sache Statt finde? ist unter den Rechtsgelehrten streitig: indem Einige diese Frage bejahen *a*), Andere solche verneinen *b*).

§. 2.

a) *Negusantius* de pign. et hyp. part. 2. nr. 132. *Menochius* de adipisc. possessione rem. 3. qu. 7. nr. 55. *Wesenbec.* ad ff. Tit. de Salv. interd. *Stryk* U. M. eod. Tit. §. 3. *Walch* intr. in contr. jur. civ. Sect. 4. Cap. 1. §. 13.

b) *Böhmer* intr. in jus dig. Tit. de Salv. interd. §. 3. et in tract. de action. sect. 2. cap. 3. §. 10.

§. 2. Wenn wir die Gesetze ansehen, auf welche sich beyde Meynungen gründen, so werden wir finden, daß ein Widerspruch in denselben zu liegen scheinet, der nur durch eine richtige Erklärung gehoben werden kann.

So sagt die *L. 1. C. de prec. et interd Salv.* ganz deutlich, daß jenes Interdict nur bloß gegen den Pächter und Schuldner, nicht aber gegen den dritten Besitzer, Statt finde. Die Worte des Gesetzes sind diese:

Si, te non remittente pignus, debitor tuus ea, quae tibi obnoxia sunt, venundedit: integrum tibi jus est, ea persequi, non interdicto Salviano, (id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit), sed Serviana actione, vel quae ad exemplum ejus instituitur, utilis adversus emtorem exercenda est.

§. 3. So klar und deutlich nun dieses Gesetz ist, so wird doch der darin enthaltenen Behauptung in einem andern Gesetze gerade zu widersprochen, und das ist die *L. 1. pr. et §. 1. ff. de Salviano interdicto,* in welcher es so heißt:

Si colonus ancillam in fundo pignoris nomine duxerit, et eam vendiderit: quod apud emtorem ex ea natum est, ejus adprehen-

10. *Cocceji* I. C. eod. Tit. qu. I. *Püttmann* de interdicto Salviano. Schmidt Lehrbuch von gerichtl. Klagen §. 496. S. 281.

hendendi gratia utile interdictum reddi oportet. §. 1. Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utrique in solidum obligatae essent: singuli adversus extraneum Salviano interdicto recte experientur; inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum, possidentis conditio melior erit. At si id actum fuerit, ut pro partibus res obligaretur: utilis actio, et adversus extraneos, et inter ipsos dari debebit, per quam dimidias partes possessionis singuli adprehendent.

§. 4. Daß nun aber dieses Gesetz dem ersten nicht entgegenstehe, wird aus folgendem sich ergeben. Es enthält nemlich die *L. 1. ff. de interd. Salv.* die Meynung eines römischen Rechtsgelehrten, nemlich des Julians. Dagegen aber ist die *L. 1. C. de prec. et interd. Salv.* eine Constitution des Kaysers Gordian, und zwar ein, auf die geschehene Anfrage des Aristo, gegebenes Rescript.

Daß nun aber sehr oft die Rescripte den besondern Meynungen eines Rechtsgelehrten entgegen sind, bedarf wohl keines Beweises. Wenn ferner, wie gleichfalls bekannt ist, die in dem Codex enthaltenen Rescripte gesetzliche Kraft haben, und wenn sie den in den Pandecten enthaltenen Gesetzen widersprechen, letztere aufheben; so hindert uns auch nichts, die *L. 1. ff. de interd. Salv.* als ein durch die *L. 1. C. de prec. et int. Salv.* aufgehobenes Gesetz anzusehen.

§. 5.

§. 5. Hiernach fallen also die verschiedenen Erklärungen, wodurch man beyde Gesetze mit einander hat vereinigen wollen, um so mehr weg, da, wie wir jetzt zeigen werden, jede Erklärung gar nicht mit dem Sinne jener Gesetze übereinstimmt.

Nach der Meynung der Glossatoren, soll das in der *L. 1. §. 1. ff. de interd. Salv.* sich findende Wort *extraneus* den Schuldner bedeuten, und von diesem verstanden werden; und dies zwar deswegen, weil hier der extraneus dem creditor entgegengesetzt werde.

§. 6. Allein diese Erklärung widerspricht offenbar den Worten des Gesetzes. Einmal hat das Wort extraneus eine allgemeine Bedeutung, und muß hier die Bestimmung dessen, was unter jenem Worte zu verstehen sey, so wohl aus den vorhergehenden, als nachfolgenden Worten des Gesetzes hergenommen werden. Die Worte des Gesetzes zeigen aber deutlich genug an, das das Wort *extraneus* nach seiner natürlichen Bedeutung, nicht bloß von dem Pächter oder Schuldner, sondern von jedem Andern, der die verpfändete Sache in Besitz hat, müsse verstanden werden. Denn wer kann die Stelle jenes Gesetzes

inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum, possidentis conditio melior erit,

bloß auf den Pächter oder Schuldner einschränken? Ja, daß sie darauf nicht gezogen werden könne, zeigen die Worte: *possidentis conditio*

melior

melior erit, genugsam an: weil beyde, so wenig der Pächter, als der Schuldner, das von sich sagen können.

§. 7. Ferner widersprechen jener Erklärung die Endworte des Gesetzes:

At si id actum fuerit, ut pro partibus res obligaretur, utilis actio, et adversus extraneos, et inter ipsos dari debebit, per quam dimidias partes possessionis singuli adprehendent.

Hier wird das Wort *extraneus* in einer so weitläuftigen Bedeutung genommen, daß es alle und jede Besitzer unter sich begreift.

Selbst aber auch die Anfangsworte jenes Gesetzes lassen eine solche Erklärung nicht zu. Denn daß der Käufer ein extraneus sey, und als ein dritter Besitzer müsse angesehen werden, läßt sich wohl nicht bezweifeln.

§. 8. Fürs zweyte ist es auch gar nicht zu glauben, daß die römischen Rechtsgelehrten sich hier eines Worts, das von so allgemeiner Bedeutung ist, sollten bedienet haben, wenn sie darunter bloß den Pächter und Schuldner hätten wollen verstanden wissen: da sie ja die beyden Wörter, *colonus*, und *debitor*, hätten gebrauchen können.

Ueberdem fehlet es auch nicht an Gesetzen, wo das Wort, *extraneus*, einen jeden Besitzer der verpfändeten Sache, keineswegs aber den Schuldner, anzeigt. Wir führen hier zum Beweise die *L. 10. ff. de pign. et hyp.* an, worin es so heißt:

Si

Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit, ita ut utrique in solidum obligatae essent: singuli in solidum adversus *extraneos* Serviana utentur.

§. 9. Faber, in seinem Tractat *de erroribus pragm. dec. IX. error 9.*, glaubt, daß die *L. 1. pr. ff. de interd. Salv.* von einem besondern Falle, nemlich von dem rede, da die verkaufte Magd, welche bey dem Käufer ein Kind geboren habe, hernach aber, als der Käufer und Verkäufer von dem Kauf zurückgetreten wären, zu dem letztern wieder zurückgekommen sey.

Allein hier wird dem Gesetze ein Sinn untergelegt, der nirgends in demselben zu finden ist, ist mithin gar kein Grund zu dieser Vermuthung vorhanden.

§. 10. Die Erklärung des **Cujacius** *in observ. lib. 6. obs. 24.* daß nemlich in der *L. 1. C. de precario et interd. Salv.* von dem interdicto Salviano directo, in der *L. 1. ff. de interd. Salv.* aber von dem interdicto utili, geredet werde, hebt den Widerspruch jener Gesetze nicht. Denn ob es gleich wahr ist, daß letzteres Gesetz von dem interdicto Salviano utili rede; so ist doch kein Grund dafür da, daß ersteres Gesetz bloß auf das interdictum Salvianum directum gehe: da die Worte des Gesetzes ganz generell sind.

§. 11. Noch Andere wollen die *L. 1. ff. de interd. Salv.* von dem malae fidei possessor ver-

den wissen *c*). — Aber auch hier fehlet es an einem Grunde, woraus man solches schließen kann. Ueberdem kann diese Erklärung auch um so weniger Statt finden, da es noch nicht einmal erwiesen ist, daß nach dem römischen Rechte persönliche Klagen, worunter die Interdicte gehören, gegen einen dritten, nicht gutgläubigen Besitzer, Statt flinden.

§. 12. *Waater*, in obseruationibus juris Romani Lib. 1. cap. 12. ist der Meynung, daß die *L. 1. §. 1. ff. de interd. Salv.* nicht von dem interdicto Salviano, sondern von der actio Serviana rede. Diese Erklärung beruhet aber eben so, wie die vorhergehenden, nicht nur auf einer bloßen Vermuthung, sondern sie ist auch den Anfangs-Worten des Gesetzes entgegen, worin ganz deutlich von dem interdicto utili geredet wird.

c) *Boehmer* tract. de actionibus Sect. 2. cap. 3. §. 101. in der Note.

---

489. Meditation.

Unter dem Vermächtniß der Baarschaften, sind die ausstehenden Kapitalien und Forderungen nicht begriffen.

§. 1.

Es führt Eisenhart, in den Erzähluugen von besondern Rechtshändeln, Th. 1. Nr.

Nr. 25. unter der Rubrik: ungereimte Klagen, S. 639. einen Fall an, wo ein Legatarius dem die sämtlichen Gläsereyen vermacht waren, gegen den Erben darauf klagte, daß er ihm alle in dem Hause des Erblassers befindliche Fensterscheiben entweder herausgeben, oder den Werth, nach einem vorher gemachten Anschlage, mit baarem Gelde vergüten solle.

Eine eben so ungereimte Klage war auch die, welche ein Legatar, dem der Erblasser seine Baarschaften vermacht hatte, gegen den Erben anstellte, und in welcher derselbe behauptete, daß nicht bloß das vorräthige baare Geld, sondern auch die ausstehenden Kapitalien, und andere Forderungen des Erblassers, unter diesem Vermächtnisse begriffen wären.

§. 2. So ungereimt und sonderbar diese Meynung des Legatars war, so ungereimt und sonderbar mußten denn auch die Gründe seyn, aus welchen er, solche zu beweisen, sich bemühte. Diese Gründe nun wollen wir hier näher kennen lernen.

In der *L. 12. ff. de reg. jur.* heißt es:

In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur.

Sollen nun hiernach die von dem Erblasser in seinem Testamente gebrauchten Worte, in dem weitläuftigsten Verstande genommen werden; so muß dies besonders von dem Worte: Geld, oder Baarschaften, gelten, da unter dem Worte, Geld, oder *pecunia*, nicht bloß baares Geld, sondern

dern auch beweg- und unbewegliche Sachen, verstanden werden: wie solches die *L. 222. ff. de verb. sign.* anzeigt, worin es so heißt:

Pecuniae nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res, tam soli, quam mobiles, et tam corpora, quam jura, continentur.

Ja, wenn selbst bey einer Verpfändung unter dem Ausdruck, beweg- und unbewegliche Güter, ausstehende Schulden mit begriffen sind *a*); so kann man von jenem Falle auf diesen analogisch schließen.

§. 3. Selbst einige in den Gesetzen enthaltene Fälle, scheinen diese Meinung zu unterstützen. Nach der *L. 20. §. 15. ff. de hered. pet.* wird unter dem Worte Geld nicht bloß das schon eingekommene, sondern das auch noch rückstehende begriffen.

Redactae, inquit, *pecuniae ex pretio rerum venditarum.* Redactam sic accipiemus, non solum jam exactam, *verum et si exigi potuit, nec exacta est.*

So würden auch in dem Falle, wenn der Mann seiner Frau die Nutznießung der Güter vermacht hat, auch die ausstehenden Forderungen zu einem solchen Vermächtnisse gerechnet, wie dies in der *L. 37. ff. de usu et usufr. et redit. per legat. vel fideic. dat.* deutlich gesagt wird: *Uxo-*

a) Unsere Meditationen Bd. 1. Med. 44.

Uxori meae usumfructum lego bonorum meorum, usque dum filia mea annos impleat octodecim. — Quaesitum est, an praediorum tam rusticorum, quam urbanorum, et mancipiorum, et suppellectilis, itemque *calendarii* ususfructus ad uxorem pertineat. Respondit, secundum ea, quae proponerentur, omnium pertinere.

§. 4. Ferner scheinet auch die *L. 27. §. 3. ff. de instr. vel instrumento legato* dem Legatar zu Statten zu kommen: da in dem, in diesem Gesetze dem Legatar hinterlassenen Vermächtnisse, so wohl der von dem Erblasser verkaufte Wein, wenn er sich noch in den Fässern befindet, als auch das vorräthige und ausstehende Geld, enthalten ist.

Liberto, quem heredem ex parte rescripsit, fundum per praeceptionem dedit, in haec verba: *Pamphile liberte, praecepito, tibique habeto fundum meum Titianum, et agellum Sempronianum cum instrumento, et his, quae in eodem erunt, cum moriar, familiaque, quae in eo fundo moratur, exceptis quos manumisero.* Quaesitum est, cum testator in eo fundo aliquantum vini in doliis habuerit, quod vivus totum vendiderat, et partem tertiam pretii pro eo acceperat, an vinum, in doliis remanens, ad libertum, ex causa praeceptionis, pertineat? Respondit, verbis, quae proponerentur, contineri: nisi manifeste contrariam voluntatem coheredes approbant. In eo fundo instrumenta calendarii et nummos reliquit:

quit: responsum est, de nummis quoque, ut supra responsum.

§. 5. Ehe wir auf diese, an sich unerhebli- chen Gründe antworten, wollen wir zum Beweise unsrer Meynung, die auch von andern Rechtsge- lehrten *b)* angenommen wird, folgendes anführen. Der Begriff, den man mit dem Worte **Baarschaft, oder baar Geld**, verbindet, lehrt schon, daß solches nur von demjenigen Gelde zu verstehen sey, welches Jemand wirklich vorräthig hat, und gleich auszahlen kann. Soll man nun mit dem Worte einen Begriff verbinden, den ein allgemeiner Sprachgebrauch demselben beylegt *c)*, und soll keine Frage darüber entste- hen: was Jemand bey einem Worte gedacht habe? wenn in dem Worte selbst kein Zwei- fel liegt *d)*; darf man endlich auch nicht an- ders von der ordentlichen Bedeutung eines Worts abgehen, als wenn es klar ist, daß der Erb-

b) *Hahn* ad Wesenb. Tit. ad Sct. Trebell. et ad Tit. de aur. arg. mund. leg. nr. 5. *Carpzov* part. 3. const. 13. def. 34. *Stryk* U. M. Tit. de aur. arg. mund. leg. §. 3. *Richter* decis. dec. 37. nr. 22.

c) *Mevius* part. 3. dec. 180. nr. 1.

d) *L. 25. §. 1. ff. de leg. et fideic. 3.* Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.

Erblasser damit einen andern Begriff, als den gewöhnlichen, verbunden habe *e*); so muß alle Ausdehnung jenes Worts um so mehr wegfallen, da in allen den Fällen, wo etwa eine Dunkelheit in den Worten, — die hier aber doch gar nicht anzutreffen ist, — womit der Erblasser sich ausgedrückt hat, steckt, man dieselben in dem Verstande nehmen muß, welche ihnen ein allgemeiner Gebrauch beygelegt hat.

§. 6. Mehr hierüber anzuführen, würde unnütz seyn: da hieraus schon das Ungereimte der gegenseitigen Meynung klar hervorgeht. Es bleibt uns also nichts übrig, als auf die gegenseitigen Gründe zu antworten.

Wahr ist es, daß in den Gesetzen das Wort, Geld, *pecunia*, in mehr als einer Bedeutung genommen werde. So begreift nemlich solches in der weitesten Bedeutung nach der §. 2. angeführten *L. 222. ff. de verb. sign.* alles das, was wir in Vermögen haben, unter sich *f*). Eben so wird

e) *L. 99. pr. ff. de. leg. et fideic.* 3. Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem.

f) *L. 178. ff. de verb. sign.* Pecuniae verbum non solum numeratam pecuniam complectitur, verum omnem omnino pecuniam, hoc est, omnia corpora quoque pecuniae appellationi contineri, nemo est, qui ambigat.

wird auch unter diesem Worte nicht bloß Geld, sondern alles das, was unter den Worten **Zahl, Maas, Gewicht**, begriffen ist, vorstanden *g*).

§. 7. Wenn nun aber auch gleich das Wort *pecunia* mehrere Bedeutungen hat, so gilt das doch nicht von dem Worte **Baarschaften**, als worunter man nur allein das vorhandene baare Geld versteht. Wollte man diesem Worte eine eben so weitläuftige Bedeutung beylegen; so würde daraus auch folgen, daß unter demselben alle beweg- und unbeweglichen Güter mit begriffen wären, welche Behauptung sich aber wohl noch keiner hat in den Sinn kommen lassen. Man frage nur den gemeinsten Mann, was er unter **Baarschaften** oder **baares Geld** verstehe, sein Begriff wird gewiß nicht so weit gehen, daß er auch ausstehende Schulden darunter zählen sollte.

§. 8. Die in §. 3. und 4. angeführten Gesetze sagen auch das nicht, was man daraus herleiten will. In dem §. 15. der *L. 20. ff. de hered. pet.* wird keinesweges das eingeforderte Geld dem noch einzufordernden so allgemein gleichgeachtet, sondern es ist dieser §. als ein Theil der Erklärung, des in dem §. 6. gedachten Gesetzes

g) *L. 30. p. ff. de leg. et fid.* Talis scriptura: *quas pecunias legavi. quibus dies appositus non est, eas heres meus annua, bima, trima die dato*, ad corpora legata non pertinet, sed ad ea, quae pondere, numero, mensura continentur.

setzes anzusehen. Dem gutgläubigen Besitzer einer Erbschaft kann es allerdings zur Last gelegt werden, wenn er die von den verkauften Erbschafts-Stücken ausstehenden Gelder nicht eingefordert hat, und er hat sich nicht darüber zu beschweren, wenn in einem solchen Falle die vorhandenen und ausstehenden Gelder für eins gehalten werden, und er für letztere haften muß.

§. 9. Nach der *L. ff. de usu et usufr. et redit. per legat. vel fideic. dat.* hatte, wie wir schon erwähnt haben, der Mann seiner Frau die Nutznießung seiner Güter vermacht; unter diesem Vermächtnisse ist aber die Nutznießung aller der Güter, die der Erblasser besessen hat, begriffen. Der nun noch in der *L. 27. §. 3. ff. de instr. vel instrum. leg.* enthaltene Fall, hat mit dem unsrigen nicht die geringste Gemeinschaft. Hier war das Titianische Landgut mit allem, was sich auf demselben befand, vermacht, und es wurde gefragt: ob der auf demselben befindliche Wein, Geld und Schuldverschreibungen zu diesem Vermächtnisse gehörten? Diese Frage wird von dem Scävola dahin beantwortet, daß der verkaufte Wein, für welchen noch keine Bezahlung erfolgt sey, so wie auch das daselbst liegende Geld, dem Legaten gehöre. Was nun aber die Schuldverschreibungen betrifft, so ist in Ansehung derselben nicht eine gleiche Antwort erfolgt, wie die Worte: in eo fundo iustrumenta Calendarii *h*) et

h) Calendarium est liber rationum, in quo nomina debitorum continentur.

et nummos reliquit; responsum est, de nummis quoque, ut supra responsum, anzeigen. Da hier nun gar nicht der Schuldverschreibungen gedacht wird, so ist daraus zu schließen, daß solche nicht unter jenem Vermächtnisse begriffen sind. Daß ferner zu einem Vermächtnisse unter dem Ausdruck: **mit alle dem was sich im Hause befindet:** ausstehende Schulden nicht gehören, ist aus mehrern Gesetzen klar *i)*.

§. 10. Wenn nun gleich in verschiedenen zweifelhaften Fällen, die Erklärung gegen den Erben gemacht, und die Gesetze zum Besten des Legatars ausgelegt werden sollen; so ist doch, wenn man auch das so uneingeschränkt annehmen wollte, hier kein Gebrauch davon zu machen, da in vorliegendem Falle überall keine Dunkelheit vorhanden ist, auch überdem die Gesetze nur dann den Legatar begünstigen, wenn für diesen Vermuthungen streiten.

Leicht war es daher vorauszusehen, daß der Legatar in dem, in dieser Sache erfolgten, Urtheile mit seiner Klage, unter Erstattung der Kosten, abgewiesen wurde.

i) L. 86. pr. ff. de leg. 2. L. 41. §. 6. ff. de legat. 3. L. 78. §. 1. et L. 92. §. 1. ff. de legat 3.

k) Unsere Medit. Band 3. Med. 174. und Band 5. Med. 302.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS.

Gedruckt bey Joh. Thom. Lamminger. Hofbuchdrucker.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Overbeck, August Wilhelm,

Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien

Bd.: 9

Braunschweig [u.a.] 1802

J.rom.m. 385 m-9
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10627118-6
VD18 10644032-002